

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA DISTINCTION
ENTRE LA
FAUTE PERSONNELLE et la **FAUTE DE SERVICE**
DU FONCTIONNAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 29 Mai 1909, à 1 heure

PAR

Jean PALOQUE

Receveur de l'Enregistrement et des Domaines, à Calus (Lot)

Président : M. JACQUELIN, professeur.

Suffragants { *MM. LARNAUDE, professeur.*
SAUZET, professeur.

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA DISTINCTION

ENTRE LA

FAUTE PERSONNELLE et la FAUTE DE SERVICE

DU FONCTIONNAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 29 Mai 1909, à 1 heure

PAR

Jean PALOQUE

Receveur de l'Enregistrement et des Domaines, à Catus (Lot)

Président : M. JACQUELIN, professeur.

Suffragants

} MM. LARNAUDE, professeur.
SAUZET, professeur.

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

1909





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA

**Distinction entre la faute personnelle
et la faute de Service
du Fonctionnaire**

INTRODUCTION

D'après la jurisprudence et la doctrine administrative, la faute personnelle du fonctionnaire est celle qui consiste dans une faute de droit commun, dans une voie de fait, dans un dol, dans une faute lourde, dans un fait détachable de l'exercice de la fonction. La faute de service est celle qui consiste en un manquement aux devoirs professionnels, en un fait non détachable de la fonction, en une faute légère et excusable.

La question de la distinction entre la faute personnelle et la faute de service offre, dans l'état actuel, une importance considérable au double point de

vue de la compétence des tribunaux judiciaires ou administratifs et de la responsabilité ou irresponsabilité de l'Etat ou du fonctionnaire.

Compétence. — Les tribunaux judiciaires seront compétents en cas de fautes personnelles commises par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, mais en cas de fautes de service les tribunaux administratifs revendiquent cette compétence.

Ils appuient leur théorie sur le principe de la séparation des pouvoirs et sur les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III qui interdisent aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs et par déduction de leur légalité. Par suite, lorsque le fait dommageable est inséparable de l'acte, c'est-à-dire lorsqu'il est fait de service, les tribunaux judiciaires doivent, en cas de procès, se déclarer incompétents. De plus, les règles de droit commun en matière de responsabilité étant inapplicables à l'Etat, la compétence judiciaire ne peut être admise.

Remarquons que, si la jurisprudence administrative a déclaré l'Etat soustrait à la responsabilité civile de droit commun, c'est pour éviter la compétence des tribunaux judiciaires qui en résultait.

Responsabilité. — Les administrateurs peuvent faire trois sortes d'actes (1) : des actes de puissance

1. Nous n'admettons pas cette distinction tripartite, nous nous rangeons à l'opinion de M. Berthélemy qui ne voit que deux sortes d'actes : des actes de puissance publique et des actes de gestion.

publique, des actes de gestion concernant des services publics, des actes de gestion concernant le domaine privé. L'Etat est soumis au droit commun dans ce dernier cas. Par suite, la distinction de la faute de service et de la faute personnelle, d'après la jurisprudence, ne se pose que quand les fonctionnaires accomplissent les deux premières sortes d'actes : actes de puissance publique, ou actes de gestion concernant des services publics. En ce cas, le fonctionnaire est toujours responsable de son fait personnel. Il partage l'irresponsabilité de l'Etat en cas de faute de service commise dans l'accomplissement d'actes d'autorité, et en cas de faute de service dans la gestion publique, l'Etat endosse la responsabilité du fonctionnaire, et encore, non dans tous les cas. En effet, en dehors de l'hypothèse où la jurisprudence base, dans des limites très restreintes (gestion du domaine privé), la responsabilité de l'Etat sur les règles du droit privé, elle ne reconnaît point en principe cette responsabilité. Si dans de nombreux cas elle la proclame, c'est en vertu d'une idée générale de justice et d'équité dont elle n'indique nulle part la formule, et qui, par cela même, se prête commodément à toutes les solutions.

Par suite le citoyen lésé n'obtiendra pas dans tous les cas satisfaction. Aussi certains auteurs, dont nous partageons l'opinion, désireraient que le fonctionnaire soit déclaré toujours responsable. En faveur de

leur thèse ils font valoir : le caractère odieux des abus de pouvoir commis par ceux qui ont la mission de faire exécuter les lois ; — la tendance malheureuse à mettre l'administration au service des partis et à l'employer pour persécuter des adversaires politiques ; — les exigences du droit individuel qui réclame, dans toutes ses applications, l'inviolabilité des personnes ; et ils s'élèvent avec véhémence contre la thèse de l'irresponsabilité dont les auteurs se servent pour masquer leur désir de conférer au gouvernement les pouvoirs les plus étendus. Ceux-ci craignent qu'en condamnant le fonctionnaire, on inflige un blâme moral au gouvernement et ils invoquent à l'appui de leur théorie la garantie résultant de la surveillance disciplinaire, la crainte d'énervier l'action administrative, la tendance qu'ont beaucoup d'individus à se plaindre à tout propos et même hors de propos, les considérations historiques du rôle considérable qu'a toujours joué l'administration et le souvenir de ses luttes avec le pouvoir judiciaire ; raisons qui ne suffisent pas à écarter la responsabilité du fonctionnaire (1).

De nos jours on déclare bien le fonctionnaire responsable en cas de faute personnelle, mais par des questions de compétence on met à néant cette responsabilité. Sous prétexte de ne pas porter atteinte

1. Larnaude. *Cours de droit public*, année 1905-1906.

au principe de la séparation des pouvoirs, on enlève à l'autorité judiciaire la question de responsabilité des agents administratifs. Quand un citoyen lésé veut saisir ces tribunaux, le conflit est élevé. Les tribunaux administratifs n'ont pas le droit de condamner le fonctionnaire coupable. Dès lors, la décision du tribunal des conflits confirmant les arrêtés du préfet ne substitue pas une juridiction à une autre, mais laisse le réclamant sans juges et ainsi triomphe la thèse de l'irresponsabilité.

Pour nous, nous nous rallions au système qui veut que l'Etat et le fonctionnaire soient soumis au droit commun, c'est-à-dire aux articles 1382 et suivants du Code civil. En effet, le principe de la responsabilité civile ne doit pas souffrir d'exception ; il doit embrasser tous les crimes, tous les délits, toutes les fautes en un mot, tout ce qui blesse les droits d'autrui. Il n'y a aucune raison de concéder un privilège au fonctionnaire, il doit répondre de tous ses actes dommageables aussi bien des actes relatifs à sa fonction que de ses actes personnels.

Dans une société où le principe de la responsabilité civile des agents n'est pas admis que deviennent les libertés publiques ? Quelle garantie reste-t-il aux individus contre l'arbitraire ? Le législateur peut bien inscrire à la base de la constitution : la liberté pour tous les citoyens ; si, en fait, cette règle n'a pas de sanction, elle est inutile et sans portée.

Par conséquent, laissant de côté la responsabilité pénale, platonique, satisfaction donnée au particulier lésé de faire condamner le coupable à une peine criminelle ou correctionnelle, sans espoir de se faire indemniser du dommage subi, laissant de côté la responsabilité disciplinaire, garantie peu sérieuse puisque souvent le fonctionnaire aura agi sur l'ordre de ses supérieurs, il est nécessaire dans une société démocratiquement organisée de donner au citoyen un recours facile pour obtenir réparation du préjudice a lui causé par les fautes et les abus de fonctionnaire.

Quant à l'Etat il répondra de son subordonné, par suite le poursuivant aura deux obligés.

Et ainsi disparaîtra la distinction entre la faute personnelle et le fait de service.

Dans une première partie de notre travail nous ferons l'historique de notre sujet à travers la législation française.

Dans une seconde partie nous exposerons les doctrines des auteurs qui ont essayé de justifier la jurisprudence et les systèmes opposés à ces doctrines et notamment le système de M. Michoud qui tend à appliquer à l'Etat les articles 1382 et suivants du Code civil.

Dans une troisième partie nous mentionnerons des arrêts de la jurisprudence administrative et judiciaire.

Et après avoir vu l'impossibilité où se sont trouvées la doctrine et la jurisprudence de donner une formule précise, un critérium exact permettant de distinguer la faute personnelle et la faute de service, nous nous poserons le problème suivant : Est-il vrai que les rapports de l'administration avec ses agents ne peuvent être assimilés à des rapports de droit privé et qu'aucune des règles du Code civil ne leur soit applicable à moins de textes spéciaux ?

Ou faut-il admettre l'application des règles du Code civil aux administrations publiques en rejetant la distinction de la faute personnelle et de la faute de service ?

CHAPITRE PREMIER

Historique

D'après un principe fort ancien en France, les officiers subalternes de l'administration étaient, dans l'ancien droit, jugés par leurs chefs hiérarchiques. Ces derniers avaient obtenu la faveur de n'être jugés que par le roi dans son parlement. Capitulaires de l'an 819 : « Les comtes et les *missi dominici* seront jugés par le tribunal du roi pour les exactions commises dans leur charge soit contre les libertés, soit contre les propriétés. » A l'origine, on ne distinguait pas entre la faute personnelle et la faute de service. Par suite la responsabilité était-elle illusoire et faisait l'objet de doléances de la part des états généraux quand le bon plaisir du roi les réunissait. Au ^{xvii}^e siècle, une juridiction spéciale fut établie (Code Michaud) pour juger les crimes et délits commis par les préposés de l'administration. Mais le pouvoir royal pour se défendre se servit des évocations de propre mouvement. On finit par considérer, comme étant en dehors de la compétence des tribu-

naux judiciaires toute affaire où un agent du roi était défendeur.

Ce fut là la première origine de la garantie administrative.

Conformément aux vœux contenus dans les cahiers, l'Assemblée constituante abolit le droit d'évocation, les juridictions privilégiées et confia à l'autorité judiciaire le soin de statuer soit sur l'action publique, soit sur l'action civile exercées contre les fonctionnaires même à raison des fautes et des délits commis dans l'exercice de leurs fonctions (1).

Mais les actes de l'Assemblée constituante furent un éclatant démenti à cette maxime, actes qui s'écartaient singulièrement des vœux exprimés par la Nation. Elle confia le contentieux administratif non à des tribunaux administratifs, mais à l'administration elle-même. Faisant revivre les traditions d'antan, elle entoura d'obstacles le droit de poursuivre les fonctionnaires. Elle décida que lorsque l'acte incriminé serait un acte administratif, les tribunaux ne seraient admis à en connaître que si les poursuites avaient été préalablement autorisées par l'administration supérieure.

1. Déclaration des droits du 26 août 1789, art. 15. — « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. »

Art. 16. — « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution. »

La garantie de l'autorisation préalable fut appliquée d'abord aux officiers municipaux. (1)

L'application de la garantie fut ensuite généralisée par la loi des 7-14 octobre 1790 (2).

Les constitutions suivantes reproduisirent la défense faite aux tribunaux judiciaires de connaître des fautes des administrateurs. Celle des 3-14 décembre 1791 indiqua la forme de l'autorisation. Le décret des 19-29 floréal an II contenait diverses dispositions sur la poursuite des fonctionnaires publics. Elles furent rapportées par un décret du 17 germinal an III qui remplaça les agents du gouvernement sous l'empire du droit commun. Du 13 floréal an IV au 16 brumaire an VII le Directoire rendit vingt-deux arrêtés sur des conflits relatifs à des actions personnelles contre des agents administratifs ou assimilés.

1. Loi municipale du 14 décembre 1789, art. 61. — « Tout citoyen actif pourra signer et présenter contre les officiers municipaux la dénonciation des délits d'administration dont il prétendra qu'ils se seraient rendus coupables ; mais, avant de porter cette dénonciation devant les tribunaux, il sera tenu de la soumettre à l'administration ou au directoire de département, qui après avoir pris l'avis de l'administration du district, ou de son directoire, renverra la dénonciation, s'il y a lieu, devant les juges qui en devront connaître. »

2. Loi du 7-14 octobre 1790 : « Conformément... aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux, pour raison de ses fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure, conformément aux lois. »

Sur ces vingt-deux arrêtés il y eut vingt et une validations et seulement une annulation (1).

Enfin la garantie fut consacrée par l'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII ainsi conçu : « Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ».

Les mots « autres que les ministres » n'avaient pas pour objet de refuser aux ministres la garantie dont jouissait le plus petit agent, ils avaient été mis dans l'article pour indiquer que les chefs de l'administration avaient encore une garantie plus élevée, contenue dans la constitution consulaire (art. 73 et 74).

L'article 75, en apparence, était une transaction entre le droit de l'Etat et celui du citoyen, on laissait au citoyen toutes les garanties de la juridiction ordinaire ; *si l'Etat le voulait bien*.

Cet article garantissait moins la liberté que les lois des régimes précédents.

En effet, le système de la garantie avait, sous le régime constitutionnel de 1791, une contre-partie dans le caractère électif et local des administrateurs. Ces derniers ayant plus d'indépendance vis-à-vis du

1. Jacquelin. *Les principes dominants du contentieux administratif*

gouvernement étaient portés à ne pas déplaire aux électeurs. En l'an VIII, le gouvernement nommait les agents. De plus la garantie de l'article 75 était plus large que celle des lois antérieures aux mots « administrateurs, délits d'administration » il substitua ceux « d'agents du gouvernement et de faits relatifs aux fonctions ».

Le système de l'autorisation préalable conduisait à l'impunité du fonctionnaire coupable. Ainsi, d'après une statistique, sous le second Empire dans la période comprise entre 1852 et 1864 sur 264 demandes d'autorisation, 34 furent accueillies et sur 24 demandes en matière électorale une seule fut admise.

Les tribunaux judiciaires ont favorisé même cet accroissement du privilège de l'administration. Dans un grand nombre de cas, ils se sont déclarés incompétents. Cette constatation répond à l'objection de certains auteurs qui pensent que si les procès en responsabilité des fonctionnaires étaient confiés aux tribunaux judiciaires, ces derniers commettraient, comme nos anciens Parlements, des empiétements sur l'autorité administrative. Et même l'autorité judiciaire faillit abandonner à l'administration le droit de décider si on était dans un cas d'application de l'article 75, c'est-à-dire en présence d'un agent du gouvernement et d'un fait relatif à la fonction. Nous trouvons en ce sens un arrêt de la Cour de cassation : « L'effet de la garantie, dit la Cour,

doit suspendre, à l'égard des personnes qui ont droit d'en jouir, l'action des tribunaux, toutes les fois qu'elles ont été traduites devant eux, sans que le Conseil d'Etat ait préalablement examiné la qualité dans laquelle l'agent inculpé a agi, et si le fait incriminé peut ou non donner lieu à la poursuite. Dans aucun cas, l'autorité judiciaire n'est compétente pour juger ni la qualité de l'agent inculpé, ni si quelque intérêt politique ou administratif souffrirait par sa traduction en justice. S'il en était autrement, la garantie dont les lois couvrent les agents du gouvernement pourrait être illusoire ; tandis qu'il a le plus grand intérêt à ce qu'elle conserve tous ses effets (1). » Finalement cette doctrine fut abandonnée.

L'exception tirée du défaut d'autorisation appartient aux tribunaux judiciaires. En outre, l'article 3 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 porté : « Ne peuvent donner lieu au conflit : 1^o le défaut d'autorisation de la part du gouvernement lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre ses agents... » Et cependant les tribunaux ont élargi le cercle des cas pour lesquels l'autorisation était exigée, le cercle des agents qui devaient bénéficier de la garantie.

Le système fut encore exagéré, le fardeau devenant trop lourd pour le Conseil d'Etat. Les adminis-

1. Cass., 5 août 1823. S. 1823-1824. 1. 308.

trations publiques furent investies du pouvoir d'autoriser les poursuites, ce qui était une analogie de plus avec l'ancien régime et une garantie de moins pour les citoyens. Mieux valait en effet l'impartialité relative d'une juridiction unique tenant la balance, à peu près égale, entre toutes les administrations, que la solidarité peu rassurante pour les justiciables des membres de la même administration.

L'article 75 ne fut abrogé qu'après l'écroulement du second Empire. Cette mesure fut des mieux accueillies. L'article 1 du décret du 19 septembre 1870 était ainsi conçu : « L'article 75 de la constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires de tout ordre. »

A la suite de ce décret-loi une interprétation libérale parut en voie de s'établir. La Commission provisoire (chargée de remplacer le Conseil d'Etat) et la Cour de cassation étaient d'accord jusqu'en 1873 pour décider que le décret de 1870 avait eu pour effet de donner compétence aux tribunaux judiciaires pour apprécier les questions de l'égalité d'actes administratifs soulevées au cours de poursuites contre les fonctionnaires.

Mais la loi du 24 mai 1872 ayant institué le tribunal des conflits, celui-ci par l'arrêt du 26 juillet 1873

vint donner une interprétation nouvelle. Il déclara que le principe de la séparation des pouvoirs n'avait point reçu d'atteinte du décret de 1870, que par conséquent le tribunal judiciaire devait être dessaisi lorsqu'il y avait dans l'affaire une appréciation à faire de la faute parce que c'était en réalité une appréciation de l'acte administratif (arrêt Pelletier).

Si donc, le conflit est validé, le tribunal judiciaire est dessaisi et il ne reste d'autre ressource que de poursuivre l'Etat en responsabilité pour faute de service. Mais il est parfois difficile de faire retomber la responsabilité sur l'Etat ; témoin, l'arrêt Blanco (1).

Une enfant de cinq ans, Agnès Blanco, avait été renversée et grièvement blessée par un wagonnet chargé de tabac, que conduisaient quatre ouvriers de la manufacture des tabacs de Bacalan à Bordeaux, à travers la rue qui sépare la manufacture du hangar de cet établissement. Le père de l'enfant intenta devant le tribunal civil de Bordeaux, en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil, une action qui était dirigée tant à la fois contre les quatre ouvriers, comme coauteurs de la blessure causée à sa fille et contre l'Etat, comme civilement responsable de l'imprudence de ses préposés.

1. Aff. Blanco, 8 février 1873. D. 73. 3. 20.

Le mémoire en déclinatoire du préfet de la Gironde déniait toute compétence au tribunal pour connaître de l'instance, tant à l'égard des ouvriers qu'à l'égard de l'Etat. Le jugement du tribunal civil du 17 juillet 1872 ayant repoussé sur ces deux points le déclinatoire, l'arrêté de conflit ne revendiqua la connaissance de l'action qu'en tant qu'elle était dirigée contre l'Etat sans contester à l'autorité judiciaire le droit de connaître du débat entre le sieur Blanco et les ouvriers. M. David, commissaire du gouvernement, présenta les conclusions suivantes : « Nous nous trouvons en face de deux doctrines contraires : de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.

« La première repose tout entière sur cette idée que l'article 1384 du Code civil qui déclare les maîtres et les commettants responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés est applicable à l'Etat comme aux particuliers, d'où la conséquence que l'autorité judiciaire serait seule compétente pour tirer les conséquences légales de cette responsabilité aussi bien à l'égard de l'Etat qu'à l'égard de simples particuliers...

« Le Conseil d'Etat conteste, d'une part, que l'article 1384 soit applicable à l'Etat et que la responsabilité de l'Etat, en cas de fautes, de négligences ou d'erreurs, commises par ses agents doive être appréciée selon les principes et les dispositions du Code civil. D'autre part, il établit la compétence admi-

nistrative pour l'appréciation de cette responsabilité sur deux motifs : le premier, tiré du principe de la séparation des pouvoirs, duquel dériverait l'incompétence de l'autorité judiciaire pour statuer sur les réclamations formées contre l'Etat à l'occasion des services publics, le deuxième tiré de la législation de 1790 à l'an III sur la liquidation de la dette publique d'après laquelle il n'appartiendrait qu'à l'autorité administrative de déclarer l'Etat débiteur, c'est-à-dire de statuer sur les actions qui tendent à faire reconnaître une dette à la charge de l'Etat... »

Et l'orateur, s'inspirant de cette dernière doctrine, ajoute : « En principe, l'Etat, puissance publique, n'est pas soumis aux règles du droit civil, il ne l'est pas non plus à la compétence judiciaire.

« Il nous semble impossible en bonne raison et bonne justice d'assimiler complètement l'Etat à un simple particulier pour ses rapports avec ses agents et pour les conséquences qui en peuvent dériver au point de vue de sa responsabilité vis-à-vis des tiers. Et d'abord, le rôle de l'Etat, dans l'accomplissement des services publics, est non pas volontaire, mais obligatoire ; il lui est imposé non dans un intérêt privé, mais dans l'intérêt de tous... En deuxième lieu, il faut considérer l'importance et l'étendue de ces services et le nombre énorme d'agents de toutes sortes, fonctionnaires publics, agents auxiliaires, employés, gens de service qu'ils nécessitent... Ces con-

ditions de leur nomination et de leur avancement ne sont pas laissées au choix de l'administration... »

Puis passant à la question de fait il dit sur la circonstance que c'étaient de simples ouvriers qui avaient causé l'accident : « D'ailleurs quel que soit le caractère des individus qui ont causé l'accident il est une chose certaine c'est que les faits reprochés se rapportent à un service administratif puisque c'est précisément cette circonstance qui est le fondement de la demande. Or elle suffit pour la faire rentrer dans la règle générale, d'après laquelle toute réclamation formée contre l'Etat, à l'occasion d'un service public, appartient à la compétence administrative, règle qui n'est en définitive, que la sanction pratique du principe de la séparation des pouvoirs. »

Le tribunal des conflits s'inspirant de ces conclusions confirma l'arrêté en ces termes : « Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ; — Que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les *besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés...* »

L'affaire Blanco mérite de fixer un instant notre

attention. Par les discussions qu'elle a soulevées, par son influence sur la jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation, on peut dire qu'elle a posé le débat sur son terrain véritable et permis aux moins clairvoyants d'entrevoir les conséquences de la théorie du Conseil d'Etat.

Il convient de remarquer tout d'abord que le tribunal des conflits s'était partagé. Il fallut appeler le garde des Sceaux, M. Dufaure, qui se prononça naturellement pour la compétence administrative. Et ici nous voyons l'inconvénient de confier la présidence du tribunal des conflits à un ministre, serait-il ministre de la Justice. Malgré cette qualité il reste administrateur et l'on peut préjuger d'avance de sa décision, ce qui choque le principe que nul ne peut être juge et partie dans une affaire.

Le rapporteur a laissé de côté l'analyse des actes de l'Etat, leur caractère, leur nature, il n'a étudié que le problème de la compétence et tranché celui de la responsabilité accessoirement.

Cependant l'affaire se présentait dans les conditions les plus simples. L'Etat, lorsqu'il dirige une manufacture, agit sans doute dans l'intérêt public, mais non en vertu de la puissance publique. Lorsqu'il choisit ses ouvriers, les paie, les surveille, il agit comme un patron ordinaire.

De même qu'il possède un domaine privé, de même il crée des industries, des monopoles en raison

de considérations financières. Qu'il s'agisse de l'Etat propriétaire ou de l'Etat industriel, le caractère de ses actes est le même ; ils tombent sous l'application des règles du Code civil.

Et par là nous reconnaissons la responsabilité civile de l'Etat dans les actes de gestion concernant des services publics.

Remarquons que si le tribunal des conflits s'est approprié la doctrine de l'Etat, développée par le commissaire du gouvernement, il ne l'a pas consacrée tout entière. Il a laissé de côté la deuxième partie de l'argumentation, celle tirée de cette règle qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de constituer l'Etat débiteur. Ce motif ne figure dans aucune des décisions intervenues depuis. C'est donc que le tribunal des conflits ne l'admet pas, du moins avec la généralité d'expression qui lui sert de formule. C'est qu'en effet, comme l'avait observé M. David, elle est excessive, elle confond dans sa portée d'application toutes les créances, quelle que soit leur cause, sans distinguer entre elles suivant qu'elles concernent l'Etat puissance publique ou l'Etat personne civile ; elle n'est même pas d'une rigueur absolue dans toutes les contestations où l'Etat figure comme puissance publique, car un assez grand nombre de lois attribuent même en ce cas la compétence à l'autorité judiciaire.

Et même nous irons plus loin ; pourquoi distinguer

entre des fautes commises dans l'exécution d'actes de puissance publique et des fautes commises dans l'accomplissement des actes de gestion concernant des services publics ? dans l'un ou l'autre cas pourquoi ne pas admettre la responsabilité de l'Etat ? Le citoyen lésé en effet ne s'est pas opposé à l'exécution de l'acte, *il l'a subi* : voilà la réponse à l'objection qui prétend qu'en admettant une telle théorie il serait impossible aux dirigeants de commander. La question de la responsabilité ne se posera que lorsque l'acte aura produit son plein effet et alors, l'acte accompli, quel obstacle peut empêcher l'individu d'exercer son droit qui est la liberté de demander aux tribunaux la réparation du préjudice dont il a souffert ?

En ce qui concerne la formation des obligations, l'Etat est soumis, en principe, au droit commun ; pourquoi ne pas étendre cette règle aux conséquences des obligations ?

Si l'Etat, personne morale, ne peut être atteint par les peines corporelles ou afflictives établies par les lois de répression, rien ne peut s'opposer à ce qu'il subisse des obligations pécuniaires à raison des fautes de ses agents.

Le tribunal des conflits, il est vrai, reconnaît souvent cette responsabilité, mais il l'appuie sur une formule vague, il la fait reposer sur : « des règles spéciales qui varient suivant les besoins du

service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». Sans doute, à l'heure actuelle, cette jurisprudence n'entraîne en fait que peu d'abus. Mais les lois ont pour mission de rassurer les intérêts privés, non pas seulement aux époques d'ordre, mais surtout aux heures troublées et l'on est en droit de se demander quelle serait alors la sauvegarde des citoyens s'ils ne pouvaient compter dans leurs procès avec l'Etat ni sur une justice indépendante, ni sur des règles fixes.

Si le tribunal des conflits s'attache à sa doctrine c'est qu'il craint que le Trésor public ne se trouve indéfiniment engagé par des décisions judiciaires et dans ce cas le pouvoir législatif n'aurait plus la libre disposition de ses budgets ou les décisions judiciaires, reconnaissant l'Etat débiteur, resteraient en souffrance.

Mais en quoi les décisions des tribunaux judiciaires constatant des obligations de l'Etat font-elles plus obstacle à la libre action du pouvoir législatif dans la disposition des finances que les décisions des tribunaux administratifs ou des ministres eux-mêmes. Avec un pareil raisonnement il faudrait porter devant les Chambres, c'est-à-dire devant le pouvoir législatif, tous les litiges, toutes les affaires qui engageraient la responsabilité de l'Etat. Le pouvoir législatif jugerait. Que deviendrait alors le principe de la séparation des pouvoirs ? Et ne

serait-il pas plus logique de sacrifier le principe de la séparation des fonctions au principe de la séparation des pouvoirs ? Doit-on se préoccuper de la question financière quand il s'agit de juger, c'est-à-dire de déclarer un droit. Une pareille solution est inadmissible ; le juge ne doit connaître que de l'application de la loi au fait qui lui est soumis.

« Il y a trois ordres de faits parfaitement distincts : le jugement, la liquidation, le paiement ; correspondant à trois fonctions : celle du juge qui déclare le droit, celle de l'administrateur qui vérifie les titres et qui procède à la liquidation de la créance, celle du législateur enfin qui accorde au pouvoir exécutif les fonds nécessaires pour le jugement. Cette marche n'est-elle pas conforme à l'ordre constitutionnel ? En procédant ainsi chaque pouvoir ne se meut-il pas librement dans sa sphère ? (1). » M. David objecte encore qu'on ne peut assimiler l'Etat à un simple particulier pour ses rapports avec ses agents et pour les conséquences qui en peuvent dériver au point de vue de sa responsabilité vis-à-vis des tiers. Et à l'appui de sa thèse, il fait valoir l'importance et l'étendue des services que gère l'Etat, le nombre énorme d'agents de toutes sortes, les conditions de leur nomination et de leur avancement qui ne sont pas abandonnés au choix de l'administration.

1. Sourdat. *Traité général de la responsabilité*, 5 éd, t. II p. 573.

Pour nous, l'Etat est maître du choix de ses fonctionnaires. En effet il n'exige le plus souvent de ses fonctionnaires aucune aptitude spéciale. Ils sont nommés ou révoqués suivant le bon plaisir des représentants de l'Etat. Quant à ceux dont l'admission et l'avancement dépendent du concours et de l'ancienneté, l'Etat se trouve dans la même situation que toute grande administration privée : compagnie de transport, établissement industriel ou commercial. Lorsque l'Etat soumet ses fonctionnaires à un concours, lorsqu'il leur offre des garanties d'avancement, et limite volontairement son choix en vue d'assurer un meilleur recrutement de ses agents. Ce choix n'en demeure pas moins libre. L'Etat se réserve toujours pour l'avenir le droit de modifier ou même de supprimer les conditions du concours ou d'avancement établies par lui.

L'arrêt Blanco marque une date dans l'histoire de ce grand conflit entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Au lendemain de cette décision la Cour Suprême renonça soudain à contester la compétence administrative. Elle se rallia sur ce point à la jurisprudence du tribunal des conflits et imposa sa manière de voir aux tribunaux inférieurs. C'est ainsi que, par un arrêt du 4 avril 1876 (D. P. 1877. 1. 68), la Cour de cassation décida : « Qu'il appartient à l'autorité administrative et à elle seule de statuer sur les actions en dommages-intérêts intentées contre l'Etat

à raison des fautes imputées à ses agents dans l'accomplissement d'un service public. »

Mais remarquons-le aussitôt la Cour de cassation bien qu'elle ait renoncé à défendre sa compétence n'en continue pas moins à proclamer l'application de l'article 1384 du Code civil aux administrations publiques. Abandon de la question de compétence, défense du principe de responsabilité, telle est en deux mots la nouvelle jurisprudence de la Cour Suprême.

Nous venons de jeter un rapide coup d'œil sur l'histoire de la question, de l'ancien droit à nos jours. Nous avons vu combien les droits des citoyens étaient peu sauvegardés. Par suite de la distinction entre la faute personnelle et la faute de service, l'administration, agissant par l'intermédiaire du tribunal des conflits, peut toujours revendiquer pour ses tribunaux la connaissance des affaires où un de ses agents est compromis par une faute que l'on ne veut pas considérer comme personnelle. De plus en cas de faute de service, le fonctionnaire coupable est mis hors de cause et l'Etat ne répond pas pour lui en principe et encore s'il endosse la responsabilité, ce n'est jamais pour une faute commise dans l'accomplissement d'un acte de puissance publique, mais d'une faute commise dans l'accomplissement d'un acte de gestion publique. Si le citoyen lésé peut se faire rendre justice, s'il est indemnisé, cette

indennité n'est qu'une aumône accordée sous le nom de réparation, de sorte qu'en : « n'accueillant la réclamation de l'individu comme un droit véritable, mais seulement comme une faveur la juridiction administrative statue exactement comme le ferait un supérieur hiérarchique saisi d'une demande gracieuse » (1).

1. Jacquelin, *op. cit.*, p. 280.

CHAPITRE II

Système des auteurs

I

SYSTÈMES PRÉTENDANT JUSTIFIER LA JURISPRUDENCE

SYSTÈME DE M. LAFERRIÈRE. — L'auteur a précisé la distinction entre la faute personnelle et l'acte administratif dans les termes suivants : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux ; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction ; l'acte perd son caractère administratif et ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire...

« ... La responsabilité civile ne s'ajoute à la respon-

sabilité administrative que si l'irrégularité commise par le fonctionnaire constitue en même temps une faute lourde, excédant les risques ordinaires de la fonction, ou si elle révèle une intention mauvaise : *malitiis non est indulgendum.* » (1)

Pour employer l'expression de nos vieux auteurs la faute personnelle est celle qui implique la mau-
vaiseté de l'agent.

Appliquant sa définition, M. Laferrière englobe dans la notion d'acte administratif des actes annulables, même des actes annulés, l'annulation détruisant l'acte, mais ne lui faisant pas perdre son caractère. L'illégalité d'un acte administratif n'a pas *nécessairement* pour effet de le transformer en un quasi-délit de droit commun. Il s'ensuit que si l'acte illégal constitue une faute lourde il devient fait personnel. Par suite les vices de l'acte administratif ne lui font pas perdre sa nature sauf lorsque d'illégal il dégénère en fait personnel. Cependant l'acte administratif cesse de l'être lorsque l'agent sort non de ses propres attributions, mais des attributions mêmes de l'autorité administrative. Mais seulement dans ce cas, car l'acte ne cesse d'être administratif lorsque l'agent agit en dehors du cercle de ses attributions légales.

Il faut reconnaître que la définition de M. Lafer-

1. Laferrière. *Traité*, p. 648.

rière est la meilleure que l'on ait formulée jusqu'ici. Mais cependant ce qui frappe c'est l'absence de principe théorique précis permettant de délimiter exactement le domaine de la faute de service et de la faute personnelle.

Si on admettait cette distinction entre l'acte de l'administrateur et l'acte de l'homme il faudrait l'adapter aux faits et la mettre en harmonie avec les principes de droit généralement reçus. M. Laferrière nous dit que la faute légère est acte administratif, nous ne le croyons pas ; chacune de ces deux catégories d'actes : acte de l'agent, acte de l'homme, peut constituer des fautes légères ou des fautes lourdes. De plus, la distinction entre l'acte administratif et le fait privé même ainsi conçue ne pourrait pas logiquement être celle de M. Laferrière. Car s'il faut considérer tous les actes d'administrateur comme relevant de l'administration ou des tribunaux administratifs, on conçoit que ces actes d'administrateur soient en partie des actes de gestion. Or ces actes, d'après M. Laferrière, sont de la compétence des tribunaux judiciaires : « Une loi est nécessaire pour leur ôter compétence sur un acte de gestion (1). » La distinction est donc imprécise, il le reconnaît d'ailleurs : « la ligne de démarcation est difficile à préciser... Il peut se présenter des cas

1. Laferrière. *Traité*, t. I, p. 485.

où la distinction sera délicate entre les fautes lourdes et ce que nous avons appelé la simple incorrection administrative ». Mais il ajoute : « L'esprit et la conscience du juge discernent à merveille la différence qu'il y a entre une faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions et l'exercice même de ces fonctions (1). »

C'est laisser au juge un pouvoir arbitraire.

Puis passant à la nature des rapports qui lient l'Etat et le fonctionnaire : « La doctrine, dit-il, d'après laquelle les rapports de l'Etat avec ses fonctionnaires seraient assimilables à ceux d'un commettant avec ses préposés... nous paraît avoir contre elle les textes qu'elle invoque, l'intention des rédacteurs du Code civil et la nature même des choses (2). »

Prenons un à un ces divers arguments :

1° M. Laferrière rapprochant l'article 1384 de l'article 1382 insiste sur ce que ces articles ne visent que « le fait de l'homme », c'est-à-dire la personne privée individuelle ou collective que régit le Code civil et non pas l'administration et la puissance publique ;

2° Par ces termes vagues de « commettants, préposés », les juristes de cette époque ne visaient pas les

1. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 646.

2. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 677.

administrations publiques et si une telle pensée, si étrangère aux idées du Consulat, avait pu traverser leur esprit, elle n'aurait pas manqué de donner lieu à quelque discussion devant le Conseil d'Etat ou le Tribunal d'autant plus que le caractère administratif de la responsabilité de l'Etat était consacré d'une manière absolue en 1804.

3^e Enfin cette théorie est contraire à la nature même des choses. En effet, ajoute-il, « les rapports du fonctionnaire avec l'Etat ne sont pas des rapports de préposé à commettant... mais des rapports de mandataire salarié à mandant... ainsi que l'ont reconnu tous les auteurs qui ont essayé de faire ces sortes de rapprochement entre le droit civil et le droit administratif ». Mais l'auteur ne se sert de cette théorie que pour écarter la responsabilité de l'Etat en cas de faute lourde. Cette déduction une fois admise, il écarte aussitôt la théorie du mandat et reconnaît que les rapports du fonctionnaire avec cet être impersonnel, appelé Etat, sont des relations d'une nature toute spéciale qui diffèrent notablement de celles que le Code civil a prévues. « Le commettant et le mandant prennent des préposés ou mandataires pour la gestion de leurs intérêts propres, l'Etat a des fonctionnaires pour la gestion d'intérêts généraux, dit-il, pour appuyer sa thèse. » Mais qui donc déterminera ces rapports, qui ne se trouvent dans aucun texte de loi ?

La théorie de M. Laferrière a été combattue par M. Berthélemy qui a répondu aux divers arguments invoqués. « Le Code civil lorsqu'il parle de l'homme n'entend nullement écarter, ceux qui sont des êtres, ou si l'on veut des hommes fictifs. En droit il n'y a pas d'hommes, il n'y a que des personnes (1). » De même il n'hésite pas à reconnaître que les administrations et les fonctionnaires sont bien compris dans les expressions générales de commettants et préposés. « Le Code civil, dont les principes s'appliquent aux actes de gestion quand ils ne sont pas écartés par une loi spéciale, dit en son article 1384 que le commettant répond des dommages occasionnés par les actes de ses préposés.

« ... Il n'y a pas de bonne raison juridique pour que ces expressions de l'article 1384 ne s'appliquent pas aux relations de l'Etat personne et des fonctionnaires de gestion. C'est ainsi sur l'article 1384 que je suis disposé à fonder la responsabilité de l'Etat et des administrations publiques à raison des actes de gestion de leurs agents », et, ajoute-t-il, dans une note : « Il faut une certaine complaisance pour se contenter, en faveur de la thèse contraire, des motifs invoqués par M. Laferrière (2). »

M. Laferrière, cependant, voulait dans une certaine mesure que l'on déclarât les fonctionnaires

1. Berthélemy. *Traité de Droit administratif*, p. 75 et suiv.

2. Berthélemy, *op. cit.*, note p. 78.

responsables : « Mieux vaut pour le citoyen lésé la responsabilité de l'Etat que celle du fonctionnaire (1) ; il en résulte des garanties plus grandes au point de vue de la solvabilité de son débiteur, car l'Etat est toujours présumé solvable, tandis qu'un fonctionnaire, même en se ruinant, ne pourrait le plus souvent offrir qu'une compensation dérisoire des pertes qu'il a causées (2). » Nous ne nous rangeons pas à cette théorie et nous pensons que pour assurer le respect des droits du citoyen, il est désirable que les deux responsabilités de l'Etat et du fonctionnaire soient cumulées. L'individu sera libre de poursuivre l'un de ces deux obligés. S'il en était autrement, si le fonctionnaire n'était jamais responsable, quels abus de pouvoir ne commettrait-il pas, sachant que les conséquences de ses actes ne lui resteraient pas personnelles et que la réparation du dommage causé ne retomberait jamais sur lui ? Et M. Laferrière, pour faire déclarer le fonctionnaire irresponsable a recouru à l'arme du conflit, oubliant que cette arme n'a pas été donnée au législateur dans un but de protection pour soustraire le coupable au contrôle de toute

1. Ce n'est pas en poursuivant les fonctionnaires qu'un citoyen maintiendra efficacement son droit contre les entreprises de l'Etat. C'est contre l'Etat qu'il doit agir directement parce que, dans la plupart des cas, c'est l'Etat qui a fait le mal et qui seul peut le réparer. (Dareste R. *La justice administrative en France*, p. 524.)

2. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 115.

juridiction, mais pour régler le différend entre deux juridictions.

SYSTÈME DE M. HAURIU. — M. Hauriou définit le fait personnel « la faute qui est imputable à l'agent plutôt qu'à la mauvaise organisation du service administratif » et le fait de service « l'accident qui est imputable à la mauvaise organisation du service plutôt qu'à l'agent » (1). Pour définir le fait personnel, il insiste sur cette idée qu'il ne faut pas s'appuyer sur la théorie objective de l'acte d'administration. On ne peut sur une même question passer du point de vue subjectif au point de vue objectif. La théorie de la responsabilité personnelle de l'agent qui est subjective est complètement distincte de la théorie objective de l'acte. Il faut définir le fait personnel, la faute lourde de l'agent, en l'opposant à la faute légère, au fait de service, c'est-à-dire à la faute qui est « tolérée dans le train ordinaire des services publics » (2) et ne pas dire que le fait personnel commence lorsque l'acte administratif est tellement dénaturé qu'il y a vice de l'acte ou annulation de l'acte, ou même voie de fait. « Le fonctionnaire répond du fait personnel, non du fait de service. Pratiquement l'administration est représentée par des agents ou fonctionnaires ; ce sont eux qui exer-

1. Note de M. Hauriou. S. 1900. 3. 89.

2. Note de M. Hauriou. S. 1898. 3. 49.

cent les prérogatives ; mais il est bien clair que l'acte accompli par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ne peut être considéré comme accompli au nom de l'administration et bénéficier des prérogatives de celle-ci, que s'il reste conforme à un certain type de services publics. Si l'acte se présente avec des caractères anormaux, il n'est plus le fait de l'administration mais le fait personnel du fonctionnaire.

Pratiquement le fait personnel du fonctionnaire ne commence qu'à la faute lourde : celle qui confine au dol. Le fait de service, quel est-il ? Un accident imputable à l'entreprise administrative. L'exécution des services publics constitue une véritable société coopérative. Les administrés y apportent leur argent, leur activité ou leur bonne volonté. Le fonctionnement des services que comprend cette société doit être continu et régulier (1). On trouve donc entre l'entreprise administrative et les administrés tous les éléments d'une société. Si l'entreprise administrative ne remplit pas ses obligations, la qualité de collaborateur des administrés leur donne droit à une indemnité pour le préjudice qu'ils souffrent. Mais l'auteur déclare que quand l'administration agit par voie d'autorité il n'y a plus alors de collaborateurs et, la collaboration disparaissant, les obligations de

1. Hauriou. *Traité*, p. 374. 6^e édit.

la puissance publique s'évanouissent, elle est alors irresponsable. Mais il n'en sera pas toujours ainsi, ajoute M. Hauriou, car un acte d'autorité est le plus souvent accompagné de l'exécution d'un service et lorsqu'un préjudice est causé, il peut souvent se rattacher plutôt à l'exécution d'un service qu'à l'acte d'autorité.

Deux systèmes se présentaient à M. Hauriou pour la responsabilité en cas de fautes commises dans l'accomplissement d'actes de gestion : la théorie des fautes ou la théorie de l'accident administratif. C'est à cette dernière thèse qu'il s'est arrêté en distinguant la faute de l'agent : 1° en faute de service et 2° en faute personnelle.

1° M. Hauriou ne se préoccupe pas de rechercher à quel fonctionnaire incombe la faute de service qu'il a commise ; car la responsabilité de ce dernier ne se cumule pas avec celle de l'Etat, l'on ne peut donc pas dire que l'Etat est responsable à raison de tel ou tel de ses agents. L'exécution des services publics est la plus grande des entreprises et aussi la plus anonyme. Comment pourrait-on lui appliquer la théorie des fautes qui a pour base la présomption de surveillance exercée par le *paterfamilias* sur sa propre entreprise ? Ici, c'est l'entreprise qui se surveille elle-même. S'il survient un accident, personne n'en est responsable. C'est l'entreprise seule qui en est la cause et qui seule doit le supporter. Et l'auteur trans-

portant la théorie du risque professionnel du domaine industriel dans le domaine administratif dit : « Les choses se passent comme si le fonctionnaire était le gérant d'une entreprise industrielle, que l'exécution des services publics fût cette entreprise et que les administrés y fussent employés (1).

Et il rapproche l'accident administratif de l'accident industriel (loi du 9 avril 1898). Observation faite que le fait de service doit être apprécié « suivant l'habitude du service ». On doit comparer la façon dont a fonctionné le service dans l'espèce à celle dont il fonctionne habituellement. C'est d'après un modèle concret que doit être apprécié le fait de service. C'est un écart par rapport au fonctionnement du service considéré *in concreto* et non *in abstracto*. Il en résulte que l'administré ne peut pas faire condamner l'administration en cas de *culpa levissima*, c'est-à-dire en cas de faute lourde de l'agent.

Considérons maintenant le système de la loi du 9 avril 1898 (2). D'après cette loi l'ouvrier n'est in-

1. Hauriou, *op. cit.*, p. 243.

2. Article premier de la loi du 9 avril 1898. — « Les accidents survenus par le fait du travail, ou à l'occasion du travail, aux ouvriers et employés occupés dans l'industrie du bâtiment, les usines, les manufactures, chantiers, etc., donnent droit au profit de la victime ou de ses représentants à une indemnité à la charge du chef d'entreprise, à la condition que l'interruption de travail ait duré plus de quatre jours.

demnisé que s'il a été victime d'un accident à l'occasion de son travail. L'indemnité est due même si l'accident est anonyme ; on n'examine qu'une chose : la gravité de l'accident afin de déterminer le montant de l'indemnité que paiera le patron à l'ouvrier blessé. En sorte que la faute du patron, ou de ceux à qui ce dernier a délégué ses pouvoirs de surveillance n'est pas examinée (1). Il n'en est pas de même dans le système de l'accident administratif. Les tribunaux administratifs n'accordent pas réparation dans tous les cas.

Ils examinent la gravité de l'accident non pour déterminer le montant de l'indemnité qui pourrait être alloué au citoyen lésé, mais pour reconnaître si l'accident a un certain caractère de gravité pour indemniser la victime. M. Hauriou nous indique-t-il d'une manière précise le caractère de gravité suffisante pour déterminer le droit à l'indemnité ? Nous ne le croyons pas : « Le fait de service, dit-il, n'entraîne indemnité que lorsqu'il provient d'une erreur ou d'une négligence qui dépasse celles qui se produisent dans le fonctionnement habituel des services. » Mais alors le fait de service confine à la faute

1. Elle n'est examinée que dans un cas : Art. 22 même loi : — « Lorsqu'il est prouvé que l'accident est dû à la faute inexcusable du patron ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, l'indemnité pourra être majorée, mais sans que la rente ou le total des rentes allouées puisse dépasser soit la réduction, soit le montant du salaire annuel. »

lourde c'est-à-dire à la faute personnelle. Il donne ainsi à l'autorité administrative, ou si l'on veut, aux tribunaux administratifs un pouvoir discrétionnaire, un pouvoir arbitraire, ne reposant sur aucun texte, sur aucune loi.

« A l'inverse, ajoute-il, il n'y a plus responsabilité de l'administration lorsque le fait est devenu personnel à l'agent par une faute trop lourde ou un dol. »

Or, dans le système de la loi du 9 avril 1898, nous avons vu que le tribunal ne recherchait pas si l'accident avait été produit par la faute du patron ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction : dans le système de l'accident administratif on devra au contraire le rechercher ; ce sera la première question à examiner. Et alors quelle analogie veut donc tirer l'auteur du système de la loi sur les risques industriels ?

De plus pour donner à l'ouvrier blessé une indemnité et afin d'exclure le pouvoir d'appréciation des tribunaux, la loi l'a fixée elle-même mais par suite cette indemnité n'est que partielle. Trouvons-nous dans la théorie du risque administratif la même solution ? Nous ne la trouvons qu'en partie ; en effet le tribunal administratif n'alloue pas à la victime une réparation égale au préjudice qu'elle a subi, mais seulement une réparation qui varie suivant la nature et les besoins du service. Jusqu'ici la théorie administrative se rapproche de la théorie du risque profes-

sionnel, elle s'en sépare cependant car les tribunaux administratifs ont le pouvoir de ne pas accorder réparation : ce devoir d'accorder une indemnité à la victime de l'accident administratif n'est pas absolu. Nous sommes loin du système de la loi de 1898 où le législateur de peur de laisser aux tribunaux le soin de déterminer le montant de l'indemnité, de peur que l'autorité judiciaire ne rejette les demandes des ouvriers blessés, a donné dans l'article 3 une tarification qui s'impose aux juges. La victime, il est vrai, ne recevra pas exactement une réparation égale au dommage subi, mais du moins recevra toujours quelque chose.

II. — En cas de faute personnelle de celui que le patron s'est substitué dans la direction, qu'arrivera-t-il dans le système de la loi de 1898 ? L'article 20 nous le dit : « Lorsqu'il est prouvé que l'accident est dû à la faute inexcusable de ceux qu'il (le patron) s'est substitués dans la direction, l'indemnité pourra être majorée. » C'est-à-dire que dans ce cas le PATRON devra une indemnité plus forte. La faute du sous-ordre par suite retombera sur le patron. La faute inexcusable n'est autre chose que la faute lourde, la faute « qui n'est pas tolérée dans le train ordinaire des services publics, la faute qui est imputable à l'agent plutôt qu'à la mauvaise organisation du service administratif. Or dans la théorie actuelle de la jurisprudence que défend M. Hauriou, l'Etat est

irresponsable de la faute lourde commise par le fonctionnaire. Le fonctionnaire répond de son fait personnel. Il est difficile par suite d'établir une analogie entre les deux systèmes. En effet, dans la théorie du risque industriel la responsabilité du patron est aggravée lorsque son gérant, ses contremaîtres, ont commis une faute inexcusable qui a déterminé l'accident, alors que dans la théorie du risque administratif la faute lourde du fonctionnaire dégage le patron, c'est-à-dire l'Etat, de toute responsabilité.

L'auteur se heurte encore à une objection ; s'il avait suivi son raisonnement il aurait dû transporter dans le domaine privé de l'Etat sa théorie du risque administratif et ne pas déclarer, en cas de dommages causés dans la gestion de ce domaine, la responsabilité solidaire de l'Etat et du fonctionnaire. Son système eût été logique. Il a bien essayé d'échapper à cette critique en distinguant la gestion publique et la gestion privée. Mais cette distinction doit être repoussée comme inutilement compliquée, ainsi que le dit M. Berthélemy : « La confusion souvent commise est celle des actes de gestion avec les actes d'administration du domaine privé. »

La distinction inutilement compliquée est celle qu'on veut faire entre l'Etat agissant et contractant dans l'intérêt public. On dit qu'au premier cas, il agit comme personne morale privée, au second cas, comme personne morale publique. En définitive,

l'Etat agit en toute hypothèse comme personne morale constituée dans l'intérêt public. La personnalité morale de l'Etat ne signifie pas autre chose que l'aptitude à être, comme une personne, titulaire de droits actifs ou passifs. Il importe peu que ces droits puissent dériver parfois d'actes ou de faits qui ne sauraient exister au profit de particuliers ; que la propriété de l'Etat, par exemple, ait pour origine une expropriation, que des créances de l'Etat aient pour principes des impôts, cela ne permet pas d'écrire que la personnalité publique de l'Etat dépasse la personnalité civile ordinaire.

..... Nous dirons que les actes de gestion sont ceux que font les administrateurs en tant que représentants légaux des personnes administratives, soit pour le domaine privé dont ils ont la garde, soit pour les services publics dont ils ont la charge (1).

Le rapprochement que M. Hauriou veut faire entre le système de la loi du 9 avril 1898 et la jurisprudence administrative actuelle n'est pas exact. L'auteur est obligé de faire de nombreuses restrictions. Son système change suivant que nous nous trouvons en présence d'une faute lourde commise par le fonctionnaire, d'un fait de service accompli dans la gestion de services publics ou dans la gestion du domaine privé. En sorte que nous ne trouvons pas dans cette

1. Berthélemy, *op. cit.*, pp. 43 et 44.

théorie un principe infaillible grâce auquel seront délimitées la responsabilité de l'Etat et la responsabilité du fonctionnaire.

SYSTÈME DE M. DUGUIT (1). — Pour lui, ce qui caractérise la faute de fonction par rapport à la faute personnelle, ce n'est pas la gravité de la faute c'est le but que poursuit le fonctionnaire en agissant ; s'il poursuit un but fonctionnel, *quelque lourde* que soit la faute, elle est une faute de fonction et non une faute personnelle, le fonctionnaire n'est pas responsable.

L'idée de responsabilité civile implique la permanence de la notion de patrimoine. Si le fonctionnaire commet une faute, trois patrimoines peuvent se trouver en présence : le patrimoine personnel du citoyen lésé, le patrimoine de l'agent, le patrimoine de l'Etat : « La théorie de la responsabilité tend de plus en plus à se résumer en cette proposition : lorsqu'un acte, accompli, en vue du but auquel est affecté un certain patrimoine, diminue un patrimoine, l'équilibre doit être rétabli, le patrimoine affecté au but en vue duquel l'acte était accompli doit supporter une diminution équivalente à celle que l'acte a occasionné à l'autre patrimoine et celui-ci doit recevoir le montant de cette diminution. Ainsi la notion de faute personnelle disparaît peu à peu du domaine

1. Duguit. *L'Etat*, t. II, pp. 634 et suiv.

de la responsabilité civile pour faire place aux notions de but et de risque. » Mais il ne fait pas disparaître la notion de faute personnelle, car il rejette la responsabilité de l'Etat ; l'Etat n'étant qu'une pure abstraction ne peut commettre de faute. De sorte que lorsque le fonctionnaire, restant dans l'esprit de sa fonction, aura commis une faute, il ne sera responsable ni vis-à-vis de l'Etat, ni vis-à-vis du particulier. Pour déterminer le critérium de la faute fonctionnelle et de la faute personnelle l'auteur a distingué entre les actes juridiques accomplis par l'agent et les actes faits par le fonctionnaire constituant de simples opérations matérielles. Et M. Duguit reproche à M. Laferrière et à M. Hauriou de ne pas avoir aperçu cette différence.

Mais il sera parfois difficile de savoir si un fonctionnaire n'a pas dépassé le but qu'il poursuit. Et cette distinction nous paraît plus compliquée que celle des auteurs précités. De plus cette théorie qui ne veut voir dans l'Etat qu'une pure abstraction nous paraît fautive. Car elle conduirait à dire que l'Etat, personne morale, créé dans un but déterminé, est absolument impuissant à faire des actes illicites, que ces actes sont étrangers au rôle qui lui est assigné et que leurs conséquences doivent par suite retomber de tout leur poids sur le fonctionnaire. Or, M. Duguit n'applique pas entièrement les conséquences d'une

telle théorie puisqu'il n'admet pas qu'en cas de faute fonctionnelle l'agent soit responsable.

II

SYSTÈMES OPPOSÉS

SYSTÈME DE M. MICHOU. — Pour mieux comprendre sa doctrine, il nous semble nécessaire d'exposer les différents systèmes permettant d'établir la responsabilité de l'Etat.

Si on considère la personne morale comme une pure fiction, une création artificielle de la loi, comme une personne distincte des individus qui la représentent, il faut en conclure que seuls ces derniers doivent être responsables puisque eux seuls commettent la faute.

Si l'on adopte la théorie de Gierke pour qui la personne morale est un être collectif réel doué comme la personne humaine de la capacité naturelle de vouloir et d'agir, la responsabilité de l'Etat se comprendra facilement, car les actes de ses agents sont alors les siens propres. Il pourra par suite être responsable en vertu des articles 1382 et 1384 du Code civil ; mais le système laissera-t-il subsister la responsabilité cumulative du fonctionnaire ? Aucun doute si l'on est dans l'application de l'article 1384 du Code civil, mais dans le cas de l'article 1382 l'acte vis-à-

Et il rapproche l'accident administratif de l'accident des tiers, sera exclusivement acte de l'administration et par suite le particulier lésé ne pourra se retourner que contre l'Etat, non contre le fonctionnaire, peu lui importe qu'ensuite l'Etat se retourne contre ce dernier.

« A nos yeux, dit M. Michoud à l'opinion duquel nous nous rallions, la vérité se trouve entre les deux doctrines... Nous ne saurions admettre que la personne morale doive être considérée comme un être purement fictif... elle est un tout composé d'éléments réels et organisés par la loi... la personne morale a non une volonté naturelle mais une volonté légale... La volonté de la personne morale sera constituée par la volonté combinée de ses représentants ou organes, se manifestant dans certaines formes et se mouvant dans le cercle d'action en vue duquel elle s'est constituée, ou que la loi lui a assigné (1). » Dès lors quand on veut établir le fondement de la responsabilité de l'Etat, on est forcé de transporter les conséquences de l'acte de l'agent à la personne morale. Il y a là un transport qui n'offre qu'un caractère artificiel et fictif ; or, si le droit peut transporter la responsabilité civile de l'acte à un tiers, il ne peut cependant en décharger l'auteur de l'acte. De sorte qu'en adoptant ce dernier système on comprend la

1. Michoud. « De la resp. de l'Etat. » *Revue du droit public*, 1895, t. III, p. 414.

responsabilité de l'Etat en vertu des articles 1382 et 1384 du Code, mais l'on comprend aussi la responsabilité du fonctionnaire. Malheureusement il estime que c'est là de la théorie pure et il fait revivre à nouveau la distinction entre la faute personnelle et la faute de service : « l'Etat n'excède pas ses pouvoirs en distinguant lui-même, parmi les fautes de ses préposés, celles dans lesquelles ceux-ci sont restés fidèles à l'esprit de leur fonction et en les prenant à sa charge exclusive (1). » Et il fonde son opinion sur ce fait que le tiers lésé n'a pas à se plaindre de cet arrangement entre l'Etat et le fonctionnaire, car l'Etat est toujours légalement solvable. Il en conclut qu'en matière d'actes de gestion il n'y a pas de raison pour renoncer à la distinction de la jurisprudence entre la faute administrative et la faute personnelle. Il admet cependant, en ce cas, dans une plus large mesure que M. Laferrière, la responsabilité de l'Etat : lorsqu'il s'agira d'organes de l'Etat, ce dernier prendra à sa charge les fautes dans lesquelles ses agents sont restés fidèles à l'esprit de leur fonction, sans considération de faute légère ou de faute lourde mais pour les actes accomplis dans le cercle d'action tracé à l'organe, mais dans lesquels il n'est pas resté fidèle à l'esprit de sa fonction, l'Etat et le fonctionnaire seront responsables tous les deux.

1. Michoud, *op. cit.*, 1895, t. IV, p. 20.

Il admet une tout autre solution pour la commune. Si la commune se trouve insolvable, elle ne peut empêcher le particulier lésé d'actionner l'agent coupable même de fautes légères. M. Michoud est obligé de faire cette différence, car sa théorie repose sur la solvabilité de la personne morale, si la personne morale est insolvable le fonctionnaire peut être attaqué. Quant aux actes d'autorité ni l'Etat, ni le fonctionnaire ne doivent, d'après lui, être responsables « lorsqu'il s'agit de fautes consistant simplement dans des imprudences, négligences ou omissions qui constituent, de la part du fonctionnaire, un usage inconsidéré du pouvoir qui lui est confié, mais qui ne dépassent pas ce pouvoir et qui ne renferment aucune illégalité... La même solution doit être donnée lorsqu'il s'agit d'illégalités ne constituant que des fautes légères et excusables. Le dommage causé resté sans réparation. Au contraire, lorsque le fonctionnaire commet un acte illégal constituant soit un dol, soit une faute lourde, qu'il se trompe grossièrement sur l'étendue de son pouvoir, le fonctionnaire ne doit pas échapper à la responsabilité et l'Etat doit encourir une responsabilité subsidiaire (1). » Remarquons que M. Michoud ne fonde pas cette responsabilité de l'Etat sur l'idée d'une faute de l'Etat, mais sur cette idée que les particuliers sont

1. Michoud, *op. cit.*, t. IV, p. 278.

obligés d'obéir aux ordres des fonctionnaires, et qu'il est équitable de les garantir contre les dommages indus résultant de cette obéissance (page 266).

Critique. — La justification de la théorie de M. Michoud repose sur cette base : la solvabilité de l'Etat, en un mot de la personne morale. Mais pourquoi l'Etat ne prendrait-il pas à sa charge les actes dans lesquels son subordonné n'est pas resté fidèle à l'esprit de sa fonction ? Et pourquoi enlever au citoyen le choix d'actionner l'Etat ou le fonctionnaire ? Si la victime trouve un plus grand avantage à actionner l'un plutôt que l'autre, de quel droit l'Etat peut-il l'obliger à ne s'adresser qu'à lui-même ? Il pourra avoir intérêt à actionner le fonctionnaire plutôt que l'Etat. Car il actionnera celui-ci devant le tribunal civil qui peut être celui de son arrondissement. Là il aura ses conseils, rassemblera plus facilement ses preuves, il ne sera pas forcé d'attendre sur son affaire une décision du ministre qui pourra n'être rendue qu'au bout de quatre mois (1). De sorte que la société

1. Remarquons qu'au moment où écrivait M. Michoud (année 1895) en cas de silence du ministre, le particulier ne pouvait saisir le Conseil d'Etat. L'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 a remédié à cet inconvénient : « Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat... »

perd le moyen préventif de la responsabilité du fonctionnaire suivant que la personne morale est ou non solvable. Ce système aboutit à exonérer de la responsabilité dans certains cas, les fonctionnaires de l'Etat, à faire peser la responsabilité dans des cas analogues sur les fonctionnaires de la commune.

Pourquoi deux poids et deux mesures ? pourquoi deux règles quand il s'agit d'appliquer un principe à des fonctionnaires exerçant des attributions toutes pareilles ? M. Michoud oublie qu'il considère la responsabilité du fonctionnaire comme plus importante que celle de l'Etat : « La responsabilité du fonctionnaire, dit-il, ne conduit pas seulement à des actes de réparation, mais elle a un effet préventif... Elle constitue une garantie de bonne administration qui est fondamentale et qu'il importe de ne pas laisser affaiblir. Cette garantie s'énerverait cependant, si à la responsabilité civile on substituait sans discernement celle de l'Etat (1). » Si les fonctionnaires doivent être responsables, doit-on distinguer entre les actes de gestion et les actes de puissance publique ?

Nous ne le pensons pas. On ne peut livrer au bon plaisir de la jurisprudence la responsabilité du fonctionnaire en matière d'actes de puissance publique. Un tel système conduirait à un défaut de responsabilité de l'Etat et du fonctionnaire. Si les violations de la loi n'ont en effet aucune sanction, c'est comme

1. M. Michoud, *op. cit.*, t. IV, p. 279.

si la loi n'existait pas, c'est comme si on vivait sous le régime de l'arbitraire.

S'il en était ainsi, ce n'est pas à la loi que le citoyen serait obligé d'obéir, mais uniquement aux fonctionnaires de l'administration. Ce serait le cas de répéter le mot de Paul-Louis Courier : « Ailleurs, on dit la loi ; ici, l'autorité (1). »

Et nous dirons avec M. Jacquelin : « Cette théorie qui fait échapper au droit commun l'Etat et la manifestation de la puissance publique n'est pas fondée en droit. La considération que les droits de puissance publique appartiennent à une sphère supérieure dans laquelle l'individu ne saurait être admis à intervenir pour les discuter et pour en empêcher l'exécution parfaitement exacte en elle-même, cesse absolument de trouver son application légitime dès que l'exécution a été accomplie et que l'individu s'est soumis ; l'administration n'a été nullement entravée puisqu'elle a pu aller même jusqu'à l'abus de ses pouvoirs.

« Cet abus ayant été commis, peu importe le caractère de l'acte, car il présente toujours la même nature juridique : une illégalité préjudiciable donnant droit à réparation (2). »

De plus M. Michoud repousse la compétence judi-

1. P.-L. Courier. *Pétition aux deux Chambres, collection des pamphlets politiques*. Bruxelles, p. 86.

2. Jacquelin, *op. cit.*, p. 290.

diciaire ; la compétence administrative pouvant se concilier avec la théorie de l'applicabilité à l'Etat des articles 1382 et suivants du Code civil. A l'appui de sa thèse, il invoque la compétence des tribunaux administratifs à l'occasion des contrats de l'Etat ; à leur occasion les tribunaux administratifs doivent, pour les apprécier, se référer aux règles du droit civil malgré leurs règles spéciales. Mais cette exception se rattache à la tradition et se justifiait alors par des nécessités pratiques. Sous l'ancien droit les procès de ce genre rentraient dans la compétence des intendants, d'autre part on voulait les soustraire à cette époque aux lenteurs de la procédure judiciaire. La compétence judiciaire nous paraît maintenant préférable, car les juges judiciaires sont les plus aptes à décider sur des questions de droit civil. Ils condamnent journellement les notaires, les avoués, les médecins en vertu de l'article 1382. Peut-être pourront-ils édifier une jurisprudence s'appliquant à tous ceux qui exercent des professions libérales et construire un système clair et simple sur les actions en responsabilité. De plus les fonctionnaires peuvent encourir une responsabilité pénale comme une responsabilité civile. Conçoit-on que des agents administratifs appliquent la loi pénale et que le Conseil d'Etat soit transformé en cour d'assises ? Non, évidemment. Les questions de droit pénal sont cependant des questions de faute, mais

vues sous un autre jour. N'est-il pas logique alors de donner la connaissance aux tribunaux civils du délit civil des fonctionnaires et du délit pénal ? Le juge civil nous semble donc avoir des habitudes d'esprit qui le préparent aussi bien, sinon mieux que le juge administratif, à la connaissance des questions de responsabilité.

Système de M. Perreau (1). — L'auteur fait une distinction entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion. Son système veut respecter le principe de la séparation des pouvoirs. Ils reconnaît la compétence des tribunaux judiciaires lorsqu'un fonctionnaire a dans un acte de gestion blessé le droit d'un citoyen : « Dans cette dernière hypothèse, les règles de la responsabilité des particuliers sont applicables aux fonctionnaires, dit-il ; ce sont des actes qui n'excèdent pas les facultés des citoyens, des actes semblables à ceux que les particuliers font eux-mêmes dans l'intérêt de leur patrimoine privé ; c'est ici le principe d'égalité qui domine. Aucun motif d'ordre public ne vient ici s'opposer à l'application pleine et entière des articles 1382 et suivants du Code civil qui doivent donc ne rencontrer aucune entrave ».

Mais, si au contraire, il s'agit d'actes de puissance publique, il n'en sera plus du tout de même d'après M. Perreau. En cette matière les règles de la respon-

1. Perreau. Thèse (province) 1894, p. 167.

sabilité, tracées par le Code civil, recevront une très grande restriction, résultant des principes généraux du droit public. Et partant de ce principe qu'on ne peut s'opposer, directement ou indirectement, aux actes de l'autorité publique, sans nier la base même de la société, il décide que les fonctionnaires ne seront passibles d'aucune condamnation, auraient-ils fait des actes de puissance publique nuls ou illégaux pour faute administrative ; ils n'encourront de responsabilité que si à l'acte administratif se joint une faute dommageable entièrement distincte et détachée de lui.

En d'autres termes, l'auteur n'admet la distinction de la faute de service et de la faute personnelle que lorsqu'il est question d'actes d'autorité ; il se sépare ainsi de la théorie de M. Laferrière et de la jurisprudence qui font la distinction entre l'acte administratif et le fait personnel dans les deux catégories d'actes : actes d'autorité et actes de gestion. Mais il conserve leur définition de la faute personnelle comme synonyme de faute lourde, de fait détachable. Nous avons dit ce que nous pensions d'une telle théorie distinguant les actes de gestion et les actes de puissance publique, aussi repoussons-nous cette doctrine.

Il nous semble que l'opinion de M. Perreau se rapproche de celle de M. le professeur Berthélemy.

Cet auteur, en effet, distingue en trois catégories.

les fautes qu'un fonctionnaire peut commettre ; pour lui il ne suffit pas d'opposer l'acte personnel à l'acte de la fonction, il faut distinguer : a) les fautes étrangères à la fonction ; b) les fautes personnelles commises dans le service ; c) les fautes de service. C'est seulement dans ce dernier cas, que la responsabilité de leurs auteurs n'est engagée que devant leurs supérieurs hiérarchiques (1). Cependant il dit : « La distinction entre la faute personnelle et la faute de service est malheureusement assez confuse et le critérium qui permet de reconnaître l'une de l'autre est peu précis... bien souvent, il y aura doute et contestation possible sur le caractère de la faute reprochée au fonctionnaire » (2). Il ne conteste pas à l'autorité judiciaire sa compétence à l'égard de la faute personnelle du fonctionnaire. Mais il conteste à l'autorité judiciaire la question de savoir si la responsabilité personnelle de l'agent est engagée ou si elle est couverte par le caractère administratif de l'acte accompli.

Voyons maintenant si M. Perreau ne s'est pas séparé de l'opinion de M. Berthélemy, c'est-à-dire si M. Berthélemy ne fait la distinction entre la faute personnelle et la faute de service que quand il s'agit d'acte d'autorité. Nous le pensons : cette distinction est conforme à l'esprit général de son livre ; « l'illégalité d'un

1. Berthélemy, *op. cit.*, note p. 67.

2. Berthélemy, *op. cit.*, p. 65.

acte ne le dépouille pas de son caractère administratif pour le faire dégénérer en fait particulier ». Par suite, l'Etat n'est pas responsable. Il ajoute : « Ainsi et pour nous résumer nous admettons que les actes de gestions dommageables donnent lieu à réparation aux termes de l'article 1384, tandis qu'aucune réparation n'est due à raison des dommages causés par les actes d'autorité... Gardons-nous de confondre avec les actes de puissance publique, non susceptibles de réparation, les actes de gestion des services publics. Ceux-ci aussi bien que les actes de gestion du domaine privé des personnes administratives sont faits au nom desdites personnes et engagent leur responsabilité » (1).

M. Berthelémy reconnaît, lui aussi, la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître des dommages causés par les actes de gestion des services publics de l'Etat.

« Si nous disons que les victimes de tels dommages ont un véritable droit à réparation, il n'y a aucune raison pour que les tribunaux judiciaires ne soient pas chargés d'assurer le respect de ce droit. On sait quel est le critérium auquel on doit s'attacher pour déterminer la compétence respective des deux ordres de juridictions : la juridiction administrative assure le respect des droits méconnus par les actes d'auto-

1. Berthelémy, *op. cit.*, 2^e édit., pp. 79-80.

rité : les tribunaux civils assurent le respect des droits méconnus par les actes de gestion. Ce sont des actes de gestion qui ont, par hypothèse, occasionné des dommages : la puissance publique n'est pas en jeu ; elle ne risque pas d'être compromise, c'est le tribunal civil qui doit connaître de l'action en indemnité (1). »

Système des civilistes. — Les auteurs du droit civil n'ont pas fait la distinction entre la faute personnelle et la faute de service du fonctionnaire. Aubry et Rau nous disent : « L'Etat représenté par les divers ministères et administrations ou régies publiques est comme tout commettant responsable des dommages causés par ses employés, agents ou serviteurs, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service. Il en est de même des départements et des communes » (2).

De même Demolombe : « Dans les développements que nous avons fournis sur l'article 1384, nous avons toujours mis en présence deux particuliers, deux individus. Mais il est clair que la disposition générale de cet article s'applique également aux personnes morales et aux personnes civiles en tant qu'elles doivent être considérées comme maîtres ou comme commettants.

1. Berthélemy, *op. cit.*, p. 79.

2. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. IV, p. 759.

A ce point de vue, en effet, et, sous ce rapport, ces personnes ne sont elles-mêmes que de simples particuliers régis, comme tous les autres, par le droit commun. Voilà comment l'Etat représenté par les ministères et les administrations ou régies publiques est responsable des dommages causés par ses préposés ou employés, agents ou serviteurs quelconques, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service, responsabilité qui est même consacrée par des textes législatifs spéciaux.

Il en est de même des départements, de même aussi des communes » (1).

De même encore Marcadé : « Les maîtres et commettants sont tenus du dommage causé par leurs domestiques et préposés. La règle bien entendue s'applique à l'Etat et aux diverses administrations publiques par rapport à leurs agents préposés ou employés comme aux commettants particuliers (2). »

Mais ces systèmes sont incomplets, en effet à côté des préposés, on rencontre dans l'administration des organes ; par suite l'application unique de l'article 1384 du Code civil sera insuffisante. Nous avons donné cette solution en exposant la théorie de M. Michoud.

1. Demolombe. *Des contrats*, t. XXXI, n° 637.

2. Marcadé. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. V, p. 270.

CHAPITRE III

I

JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL DES CONFLITS

La distinction entre l'acte administratif et la faute personnelle échappe, comme nous l'avons vu, aux définitions théoriques. Nous croyons utile d'en parcourir l'application dans la jurisprudence tant administrative que judiciaire. Nous ne trouverons, il est vrai, qu'une succession d'arrêts, de jugements aux considérants identiques, mais l'analyse de ces décisions nous paraît cependant nécessaire. Elle nous montrera la fragilité du critérium tendant à déterminer d'une part le fait de service, d'autre part le fait personnel, et elle nous permettra une critique plus aisée.

Les décisions du tribunal des conflits en cette matière peuvent se placer sous quatre chefs.

1^o Réclamations fondées sur des actes prétendus de gouvernement ;

2° Imputations diffamatoires relevées contre des fonctionnaires ;

3° Réclamations fondées sur des faits de négligence ou d'imprudence ;

4° Réclamations fondées sur des abus de pouvoir.

I. — *Réclamations fondées sur des actes
prétendus de gouvernement*

Affaires des biens de la famille d'Orléans. — Le 22 janvier 1852, le prince Louis-Napoléon, président de la République, rendit un décret restituant au domaine de l'Etat les biens qui étaient l'objet d'une donation faite par Louis-Philippe, le 7 août 1830. La famille d'Orléans assigna, en revendication de leurs biens ainsi confisqués l'Administration des Domaines, qui déclina la compétence du tribunal de la Seine saisi. Le préfet éleva le conflit, cette exception ayant été rejetée. Le commissaire du gouvernement reconnut que le décret avait été rendu pour diminuer l'influence que donnait à la famille d'Orléans la possession d'immeubles importants. Pour revenir sur la donation, les pouvoirs ordinaires eussent été insuffisants, mais au 22 janvier 1852 le prince-président réunissait dans ses mains tous les pouvoirs. Le décret est donc, disait-il, un acte de politique et de

gouvernement régulier émané du pouvoir constituant. Par suite il échappe à la compétence des tribunaux administratifs et judiciaires.

Et conformément aux conclusions du commissaire, le Conseil d'Etat confirma l'arrêté de conflit.

Exécution des décrets du 29 mars 1880 (1). — En 1880, les religieux, expulsés de leur domicile, demandèrent à y être réintégrés et réclamèrent des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi.

Le ministre de l'Intérieur voulut écarter ces demandes devant le tribunal des conflits, prétendant qu'elles impliquaient l'appréciation d'actes de gouvernement, les décrets de 1880 ayant été provoqués par un ordre du jour de la Chambre des députés du 16 mars 1880; ne pouvaient donc en connaître ni la juridiction judiciaire, ni la juridiction administrative. M. Roujat défendit dans l'affaire Marquigny la théorie du Ministre. Mais M. Gomel, commissaire du gouvernement, dans l'affaire Bouffier (2) s'éleva éloquemment contre cette opinion : « Serait-il possible, dit-il, d'admettre que les mesures prises, en vue de la dissolution des congrégations religieuses non autorisées, sont gouvernementales par le motif qu'elles sont proclamées actes de haute police par l'administration qui les a prises, et qu'elles ont été adoptées

1. Dalloz. *J. G.* 1880, 3-57 et 123.

2. Dalloz. *J. G.*, 1880. 3. 128.

dans un but essentiellement politique ? Une semblable prétention choque, nous l'avouons, toutes nos convictions et il nous est impossible de partager sur ce point l'opinion de notre collègue, M. l'avocat général Roujat. Nous nous refusons à admettre que la nature d'un acte dépende de l'intention dans laquelle on l'a fait. Eh quoi ? il suffirait à l'administration de proclamer qu'une atteinte qu'elle porte à la liberté ou à la propriété de telle ou telle classe de citoyens est une mesure de haute police, pour que les citoyens ainsi lésés, dans les droits que leur assurent les lois, fussent dépouillés de toute voie de recours ? Quelles seraient nos garanties à tous avec une pareille théorie ?...

« On a dit encore que les ordres du jour votés au mois de mai et au mois de juin dernier, par la Chambre des députés et le Sénat, étaient la consécration législative des décrets du 29 mars. Des ordres du jour n'ont jamais en cette portée des ordres du jour ne sauraient rendre légale une illégalité ».

Le tribunal des conflits s'inspira des conclusions du ministère public, mais rejeta la demande. Si au point de vue de la conséquence pratique et immédiate le résultat était le même, du moins on ne consacrait pas l'audacieux système de l'omnipotence gouvernementale. L'arrêté de conflit soulevé fut maintenu, mais précisément parce que les actes attaqués constituaient des actes administratifs de la

validité desquels la juridiction administrative devait connaître.

Affaire Michau (1). — Les sieurs Michau, directeur et imprimeur du *Journal du Loiret* et Lafreney, vendeur de journaux, avaient assigné le préfet du Loiret et le commissaire de police en restitution d'exemplaires, saisis sur la voie publique, représentant le comte de Paris à cheval.

Le tribunal des conflits annula le conflit soulevé parce que les fonctionnaires actionnés avaient agi dans le cercle des attributions de la police judiciaire et que « les actes de cette police sont soumis, quant à leur régularité, à leur légalité et à leurs effets au contrôle de l'autorité judiciaire. » Le tribunal ajoute que la théorie de l'acte du gouvernement ne saurait être invoquée ici pour tenir ces principes en échec : « Considérant, dit-il, que la saisie ne change pas de nature par ce fait qu'elle a été ordonnée par le ministre de l'Intérieur, dans un but politique, et que la mesure a été approuvée par les Chambres ; que ces diverses circonstances ne sauraient lui donner le caractère d'acte administratif ou d'acte de gouvernement ; considérant que si le gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'Etat et de réprimer toute entreprise tentée contre la République par les membres des familles ayant régné sur la France, il n'est

1. Dalloz. *J. G.*, 1890. 3. 66.

investi à cet égard que des pouvoirs que lui donne la loi ; considérant que le droit d'opérer des saisies discrétionnairement ne résulte ni de la loi du 22 juin 1886 ni d'aucune autre loi... (arrêté de conflit annulé). »

II. — *Imputations diffamatoires relevées contre des fonctionnaires*

Cas où le tribunal des conflits a vu un fait personnel. — Le tribunal des conflits considère comme faits personnels : — le fait d'un maire et de membres d'un conseil municipal qui avaient inséré dans une délibération des qualifications outrageantes envers un ancien maire et l'avaient accusé de détournement de deniers publics (1) ; — le fait d'un préfet qui, dans une lettre écrite à un sous-préfet pour être transmise à un autre fonctionnaire, accusait des personnes ayant pris des permis de chasse hors de la commune où ils devaient être délivrés : « d'avoir essayé de causer dommage à leur commune en la frustrant de sommes auxquelles elle avait droit, alors qu'elle avait tant besoin de ressources pour venir en aide aux malheureux » (2) ; — le fait d'un commis-

1. Tribunal des conflits, 13 décembre 1879 (Anduze). Lebon, 1879, p. 805.

2. Tribunal des conflits (De Rebelles), 11 décembre 1880. Lebon, 1880, p. 999.

saire de police, qui, dans l'accomplissement de ses fonctions, aurait proféré ces paroles contre un ancien magistrat : « Le parquet doit s'estimer heureux d'être débarrassé d'un magistrat tel que vous (1). »

Affaire Vimont. — Le préfet de la Marne avait pris un arrêté par lequel il déclarait le sieur Vimont démissionnaire de ses fonctions de membre du comité central d'études et de vigilance contre le phylloxéra, par le motif que le sieur Vimont n'avait assisté à aucune des séances du comité depuis deux ans; la lecture de cet arrêté, ayant excité de vives protestations de la part de plusieurs des membres du comité, le préfet répondit : « Qu'il avait entre les mains un volumineux dossier contre M. Vimont, dossier tel que s'il en donnait lecture, l'opinion du comité à son égard en serait gravement impressionnée. » Le sieur Vimont intenta devant le tribunal civil une action en dommages-intérêts. Le déclinatoire présenté par le préfet fut rejeté et son arrêté fut annulé par le tribunal des conflits pour ce motif que l'acte incriminé ne rentrait pas directement dans l'exercice des attributions conférées au préfet par sa fonction et qu'ainsi il constituait un fait personnel dont il appartenait à l'autorité judiciaire seule de connaître (2). Le considérant de cet arrêt n'aurait pas

1. Tribunal des conflits, 2 avril 1881. Lebon, 1881, p. 403.

2. Tribunal des conflits (Vimont), 5 juillet 1884. Lebon, 1884, p. 581.

été admis par M. Laferrière, puisque pour lui l'acte administratif ne cesse de l'être lorsque l'agent agit en dehors du cercle de ses attributions légales ; il aurait fondé le motif sur ce que cet acte sortait des attributions mêmes de l'autorité administrative.

A l'occasion de ce préfet qui éleva le conflit sur une affaire le concernant, il faut se rappeler les lignes de M. Bernard (1) : « Nous demandons hautement que le préfet ne puisse se servir d'une arme aussi redoutable (le conflit) dans les poursuites personnelles qui lui sont intentées. Comment ! ce fonctionnaire aura fait acte de potentat ! il aura commis une illégalité manifeste ! il aura ordonné une arrestation arbitraire, une séquestration criminelle, violé le secret des lettres, diffamé un citoyen, et il aura le droit de désarmer lui-même le tribunal appelé à le juger en se targuant d'une prétendue infaillibilité ! en se prévalant de la légitimité d'une puissance administrative qui sera niée par le tribunal des conflits et, durant quelques mois, il pourra ainsi s'assurer l'impunité et se donner des allures d'un triomphateur ! C'est là un spectacle scandaleux qui déconsidère et, amoindrit l'administration... Revenons au principe d'éternelle équité : que nul ne doit être juge dans

1. Bernard. « De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870 ». *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1878, p. 94.

sa propre cause. » Et l'auteur voudrait qu'au ministre fût confié, dans ce cas, le pouvoir d'élever le conflit. Ne serait-il pas plus simple de laisser le tribunal judiciaire juger la conduite du préfet ? car souvent ce dernier n'agit que d'après les ordres du ministre.

Le tribunal des conflits a encore vu un fait personnel dans l'acte d'un préfet qui, dans un arrêté, ayant pour objet d'accorder à un candidat un bureau vacant, avait porté des insinuations injurieuses contre le titulaire décédé de ce bureau de tabac (1).

Affaire Lalande. — Le tribunal des conflits regarde comme un acte administratif le fait, par un maire, de mentionner dans le tableau rectificatif affiché des listes électorales le motif de retranchement du nom d'un électeur. Mais il arrête là les concessions à la thèse de l'irresponsabilité si un maire répond par une nouvelle affiche à la protestation d'un électeur contre sa radiation, le tribunal des conflits y voit un fait personnel. C'est ce que, malgré les observations du ministre de l'Intérieur, il a décidé le 10 juillet 1897, à l'occasion d'une faute semblable, commise par le sieur Peynaud, maire de la commune de Mios, au préjudice du sieur Lalande. L'affiche incriminée par Lalande était ainsi conçue : « Avis aux électeurs. — Le maire de Mios porte à la connaissance

1. Trib. des conflits, 29 décembre 1877. D. P. 1878. 3. 21.

de ses administrés que c'est à bon droit, et la loi en main, qu'il a rayé des listes électorales le sieur Lalande dit Landin, pour une faillite qu'il a subie en 1867 et qui était restée ignorée jusqu'à ce jour ; en contestant ce fait, les amis dudit Lalande dupent les électeurs ; en menaçant pour cet objet l'autorité municipale, ils commettent une manœuvre électorale infâme qui est de nature à attirer sur eux les rigueurs de la loi ; voilà la vérité, tout le reste est mensonge. »

Les considérants de l'arrêt du tribunal des conflits nous semblent entachés de vague et d'erreur : « Considérant, que le maire n'a agi ni pour l'exécution de la loi (Un maire n'agit pas pour l'exécution de la loi quand il affiche le motif de la radiation. Cet affichage qui ne lui est prescrit par aucun texte constitue le délit de diffamation), ni en vertu des instructions de l'administration supérieure. » Mais l'ordre du chef hiérarchique à son subordonné ne peut influencer sur le caractère de l'acte. Il n'a pas pour effet de rendre cet acte administratif. Ce serait contraire à la jurisprudence du tribunal des conflits elle-même (affaire des décrets de 1880) qui ne voit même pas une raison de couvrir le fonctionnaire dans les ordres du jour des chambres ordonnant ou approuvant son acte, contraire aux considérants de l'arrêt rendu sur l'affaire Michau.

Aussi, dans les espèces qui se présentent, le cri-

térium donné par le tribunal des conflits manque de certitude.

Cas où le tribunal des conflits a vu un acte administratif. Affaire du « Bulletin des Communes ». —

Une solution identique s'imposait dans cette affaire. En effet, la diffamation étant un délit, comme l'injure, ne peut constituer un acte administratif. Quand bien même cet acte ne fût entaché d'aucun vice, il sortait du mandat confié à son auteur, il était contraire à la loi. Rappelons les faits. Le 6 juillet 1877, le *Bulletin officiel des Communes* publiait le compte rendu d'une revue de l'armée de Paris, passée par le maréchal Mac-Mahon, président de la République : « Les partisans de la commune, ajoutait-il, les complices des incendiaires et des scélérats de 1871, que le maréchal a vaincus et écrasés dans les rues de Paris, n'étaient pas à cette grande fête militaire. On n'y voyait pas non plus aucun des 363 anciens députés radicaux qui ont pour programme de désorganiser et de supprimer l'armée comme ils voudraient désorganiser et détruire tout le reste, tout ce qui fait encore notre prospérité et notre grandeur. Ils s'étaient abstenus de prendre part à cette émouvante journée du patriotisme, ils avaient refusé de s'associer à cette démonstration nationale. »

A la suite de cet article, des poursuites furent intentées devant différents tribunaux par d'anciens députés contre l'imprimeur et l'éditeur du *Bulletin*

et le ministre de l'Intérieur comme responsables des condamnations qui seraient prononcées. Contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Charrius, le tribunal des conflits, juge, déclara que la publication du *Bulletin des Communes* était un acte administratif. « Considérant que les passages qui font l'objet de la plainte ne peuvent être détachés de cette publication officielle avec laquelle ils se confondent, pour être considérés et appréciés isolément (1). » Même en restant fidèle à sa jurisprudence habituelle le tribunal n'aurait pas dû donner cette solution. En effet, dans le *Bulletin*, il y avait deux parties, l'une officielle, l'autre privée. L'article visé était dans cette dernière partie et qui pouvait, étant donné son caractère diffamatoire, être déférée à l'autorité judiciaire pour en connaître.

Affaire Loumagne contre Daure. — Le sieur Daure, maire de la commune de... avait fait afficher le tableau rectificatif de la liste électorale où le nom d'un sieur Loumagne figurait comme devant être retranché avec cette mention : « Jugement du 20 décembre 1878. » Plainte de ce dernier et le tribunal des conflits, envisageant l'acte du maire dans son ensemble, y vit un acte administratif et confirma le conflit soulevé (2). Nous reviendrons sur cette espèce.

1. Trib. des confl., Dalloz, *J. G.*, 1878.3.21.

2. Trib. des confl., 26 juin 1897. Lebon, p. 498.

III. — *Réclamations fondées sur des faits de négligence ou d'imprudence*

Cas où le tribunal des conflits a vu un fait personnel. — Le tribunal des conflits a vu des faits personnels : — dans le fait d'un ingénieur, d'un conducteur et d'un surveillant des ponts et chaussées qui avaient manqué aux devoirs de surveillance à eux imposés par leurs fonctions à raison de la construction d'un pont (1) ; — dans le fait d'un officier dont le cheval avait blessé un passant dans une promenade, qui ne faisait pas partie des exercices réglementaires (2) ; — dans le fait d'un maire qui, pendant son administration, avait laissé se détériorer ou se perdre des objets mobiliers appartenant à une commune (3).

Affaire Gérôme-Gerbault. — Mme Vve Gérôme assigna M. Gerbault, receveur principal des postes et télégraphes en retraite, devant le tribunal civil de Château-Thierry pour réparation du préjudice matériel et moral qui aurait été causé à son mari, décédé depuis, par l'accusation, portée contre lui par

1. Trib. des conflits, 31 juillet 1875 (Mancel). Lebon, 1885, p. 764.

2. *Id.*, 18 février 1893 (Tubaut).

3. *Id.*, 26 mars 1881. Lebon, p. 351.

M. Gerbault, d'avoir dérobé un registre de mandats-poste disparu du bureau où M. Gérôme était employé. Le registre fut retrouvé par M. Gerbault, qui reconnut l'avoir lui-même égaré. Le préfet déposa un déclinatoire de compétence basé sur ce que lorsqu'une demande en dommages-intérêts est fondée sur une faute imputée à un agent de l'administration, agissant dans l'exercice de ses fonctions, l'autorité judiciaire ne peut en retenir la connaissance qu'autant que cette faute est personnelle à l'agent, c'est-à-dire qu'elle se détache de l'exercice de ses fonctions et que tel n'était pas le cas de M. Gerbault. Le déclinatoire fut rejeté par ce motif que les faits articulés constituaient une faute lourde, sinon un dol, imputable personnellement par suite au défendeur. Sur conflit le tribunal des conflits annula l'arrêt du préfet.

Affaire Bouhier. — Lors du tirage au sort, dans le canton de Malha, 94 numéros seulement furent trouvés dans l'urne tandis qu'il y avait 99 jeunes gens inscrits sur les tableaux de recrutement. Le sieur Bouhier et quatre autres, parmi ceux auxquels le sort avait été défavorable, se fondant sur ce fait que cette erreur leur avait porté préjudice, formèrent devant le tribunal de Saint-Jean-d'Angély une action en dommages-intérêts contre le sous-préfet qui avait présidé, en cette qualité, les opérations du recrutement et dont le devoir était de s'assurer,

avant les opérations du tirage au sort, suivant l'expresse recommandation de la loi du 27 juillet 1872, que le nombre des numéros déposés dans l'urne était égal à celui des jeunes gens appelés à y concourir. Sur le jugement du tribunal civil affirmant sa compétence, l'arrêté de conflit fut élevé. M. Chante-Grellet, commissaire du gouvernement, s'exprima en ces termes : « Y a-t-il là un fait uniquement personnel et relevant du droit commun ? Il nous semble qu'on doit se décider pour l'affirmative. D'abord on n'attaque ni l'acte administratif en lui-même ni l'administration ; celle-ci est hors de cause... On ne s'en prend pas au fonctionnaire en tant qu'agent, mandataire de l'administration, mais à lui seul personnellement. Assurément ce ne serait pas là une raison suffisante pour décider que la question n'est pas administrative ; mais cela caractérise la demande, indique sa portée et montre que, dans l'espèce, la séparation peut se faire entre l'acte distinct, spécial, personnel, imputé au fonctionnaire et l'acte administratif lui-même.

Il y a là une faute lourde, évidente, avouée et il n'est pas nécessaire ni d'apprécier l'illégalité plus ou moins grande de l'acte incriminé, ni des ordres ou règlements administratifs, ni même ses conséquences au point de vue de la fonction... Ce qui constitue l'acte administratif, c'est l'ensemble des opérations du tirage au sort. Or, elles ne sont nullement

visées par la demande, telle qu'elle est formulée par les demandeurs, et elles ne seront nullement atteintes par le jugement à intervenir.

Donc fait précis, séparé, facilement appréciable en dehors de l'acte de la fonction, quoique s'y rattachant par sa cause, tel nous apparaît le fait donnant lieu à la demande. C'est là une des conditions nécessaires pour rendre possible la compétence des tribunaux judiciaires. » Conformément à ces conclusions le tribunal des conflits annula l'arrêté de conflit : « Considérant que l'action ne relève qu'un fait personnel au sieur Caudelier (le sous-préfet) ; considérant d'autre part que la responsabilité que Caudelier pourrait avoir encourue en raison de la faute qui lui est imputée, doit s'apprécier uniquement d'après les principes du droit commun ; que cette appréciation n'entraîne préjudiciellement ni l'interprétation d'aucun règlement administratif, ni le contrôle d'aucune des opérations administratives auxquelles donne lieu ce règlement (arrêté de conflit annulé) (1).

Cas où le tribunal des conflits a vu un fait de service. Affaire Cros. — Le 16 mars 1897, le sieur Deyres avait fait déposer par une personne tierce au bureau télégraphique d'Agén un télégramme portant pour adresse : « Dumieu, Maisons-Laffitte, Hippodrome. »

1. Dalloz. *J. G.* 1883. 3. 23.

Le sieur Cros, commis de service, fit inviter l'expéditeur à compléter l'adresse par la mention « télégraphe restant » conformément à la règle établie pour les bureaux temporaires fonctionnant sur les hippodromes les jours de courses seulement ; le porteur revint avec mission verbale d'insister pour l'expédition du télégramme tel qu'il était libellé, l'employé, après avoir consulté la nomenclature des bureaux télégraphiques maintint son observation ; par suite du temps employé à ces pourparlers le télégramme ne put être utilement expédié. Le sieur Deyres intenta alors au sieur Cros une action en dommages-intérêts à raison du préjudice qu'il lui aurait causé en réclamant à tort l'insertion d'une mention qui, aux termes exprès d'une disposition figurant au *Bulletin* mensuel de décembre 1892, n'est pas obligatoire pour les télégrammes à destination du bureau « Hippodrome de Maisons-Laffitte » et que par suite il n'avait pu toucher une somme de 400 francs, somme qu'il aurait gagnée sans la faute lourde de l'employé télégraphiste. Le tribunal civil d'Agen le débouta de sa demande comme tendant indirectement à sanctionner des opérations de jeu : mais sur appel le sieur Cros fut condamné par défaut par la Cour d'Agen, il fit opposition. Le préfet du Lot-et-Garonne présenta alors un déclinatoire formé sur ce que l'employé aurait commis une faute professionnelle. La Cour rejeta. Le tribunal

des conflits saisi confirma l'arrêté du préfet : « Considérant que la faute relevée contre le sieur Cros et consistant à avoir fait une application erronée des règlements constitue un fait de service et non une faute personnelle se détachant de l'exercice de la fonction ; que dès lors, *et en vertu du principe de la séparation des pouvoirs*, l'autorité judiciaire était incompétente pour en connaître (1). »

D'après M. Hauriou l'erreur était plutôt le fait de l'administration que du fonctionnaire. Ce dernier s'étant reporté à la nomenclature des bureaux télégraphiques, sa responsabilité était à couvert. Ce document n'était pas à jour et ne contenait en regard du nom de Maisons-Laffitte aucune mention, aucun signe particulier chargé de remémorer la situation spéciale du bureau de l'hippodrome, par suite la responsabilité de l'administration était engagée. Le demandeur objectait bien que la situation précitée se trouvait au *Bulletin mensuel* de 1892, mais rien ne pouvait rappeler la date à l'employé.

De plus le tribunal des conflits n'a pas basé l'irresponsabilité sur la faute légère commise par l'employé mais en vertu du principe de la séparation des pouvoirs. Mais alors quelle différence fait-on entre deux employés commettant une même erreur, l'un par un cas de force majeure, l'autre par paresse, par

1. Trib. des confl., 9 décembre 1899. S. 1900. 3. 93.

légèreté. Le premier est plus excusable que le second si l'on considère l'intention. Cependant dans les deux cas c'est la même faute commise entraînant le même préjudice, provoquant l'examen des mêmes faits, concernant le même service. Si, comme on le veut, le principe de la séparation des pouvoirs interdit aux tribunaux judiciaires d'en connaître, il doit aussi le lui interdire dans l'autre cas; ce principe veut que la compétence varie non d'après le degré de responsabilité de l'agent mais d'après le caractère des matières, des actes qu'ont à juger les tribunaux.

Le tribunal des conflits a vu un fait de service dans le fait d'un employé de l'administration télégraphique qui avait retardé la remise d'un télégramme en le présentant par erreur à une autre adresse que celle de la véritable destinataire (1). Remarquons qu'elle avait considéré comme faits personnels : le fait d'employés télégraphistes qui n'avaient pas fait parvenir une dépêche à sa destination (2), le fait d'une receveuse à laquelle il était reproché d'avoir inexactement transcrit une dépêche (3). Il nous semble que le tribunal se déjuge et que dans l'affaire Bureau-Rigaudie la faute était une faute lourde, déta-

1. Trib. des conflits, 21 février 1906. Pandectes, 1906. 4. 36. Affaire Bureau-Rigaudie.

2. Trib. des conflits, 7 juin 1873. — Lebon, 1873. *Suppl.*, 109.

3. Trib. des conflits, 1^{er} août 1885. — Lebon, 1885, p. 748.

chable (selon l'expression de la jurisprudence administrative) de la fonction.

Un directeur des contributions indirectes avait fait saisir le fonds de commerce, le matériel et les marchandises du sieur F...; le jour même celui-ci versa entre les mains de l'huissier la totalité des sommes dont il était redevable envers l'administration; néanmoins deux jours après, un journal inséra un avis annonçant la vente saisie du fonds de commerce, etc... Le sieur F... intenta devant le tribunal civil une action en dommages-intérêts contre le directeur et se fonda sur ce que cet avis, bien que démenti le lendemain par la mention que le sieur F... avait désintéressé le Trésor, lui avait causé un très grave dommage et lui enlevait tout crédit. Le tribunal et le conseil de préfecture se déclarèrent incompetents. Il y eut une demande de règlement de juges devant le tribunal des conflits qui décida : « Que les tribunaux civils ne sont compétents pour statuer sur les demandes en dommages-intérêts formés contre les agents de l'administration que lorsqu'elles sont fondées sur des faits personnels à ceux-ci, qu'en l'espèce aucun fait personnel se détachant de l'exercice de ses fonctions ne pouvait être mis à la charge du directeur; et considérant que le sieur F... aurait dû se pourvoir devant le Conseil d'Etat... rejette le règlement des juges (1). »

1. Trib. des conflits, 27 juin 1903. — Dalloz. *J. G.*, 1905. 3. 11.

IV. — *Réclamations fondées sur des
abus de pouvoir*

Cas où le tribunal des conflits a vu un fait personnel. Affaire Daniel. — Le conseil municipal de Quéven avait voté la création d'un lavoir public avec conduites d'amenée traversant le jardin du presbytère et ce projet avait été approuvé par le préfet. Le conseil de fabrique et l'autorité diocésaine ayant refusé de consentir à l'exécution des travaux dans les dépendances du presbytère, le sieur Leléannec, maire, fit ouvrir un passage dans le mur du jardin et commença les travaux de canalisation. L'abbé Daniel, desservant, l'assigna alors, conformément à l'article 182 du Code d'instruction criminelle, devant le tribunal correctionnel de Lorient, comme s'étant rendu coupable du délit de violation de domicile et de bris de clôture et conclut à l'allocation de dommages-intérêts. Le préfet du Morbihan présenta un déclinatoire fondé, d'une part, sur ce qu'il s'agissait de dommages causés par un travail public dont l'appréciation rentrait dans les attributions du conseil de préfecture, et, d'autre part, sur ce qu'il appartenait à l'autorité administrative seule de statuer sur le caractère de l'acte accompli par le maire. Le tribunal ayant rejeté, le préfet éleva le conflit en se

fondant sur ce que l'appréciation du caractère des faits incriminés constituait une question préjudicielle de la compétence exclusive de l'administration. Le ministre de l'Intérieur fournit des observations tendant à la validation du conflit par le motif qu'il appartenait à l'autorité administrative, seule, d'apprécier si l'acte reproché au maire constituait, ou non, un acte administratif résultant de ses fonctions, susceptible, ou non, d'être soumis, comme entaché d'excès de pouvoir, à l'appréciation de l'administration et du Conseil d'Etat et que l'examen de cette question préjudicielle rentrait dans le nombre de celle qui sont prévues à l'article 2 § 2 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. Le tribunal des conflits annula l'arrêté de conflit. « Considérant que si le presbytère était la propriété de la fabrique, il devait être procédé conformément à la loi du 3 mai 1841, que si le presbytère appartenait à la commune, la distraction du terrain nécessaire aux travaux ne pouvait être obtenue en présence de l'opposition de l'autorité diocésaine, que par un décret rendu conformément à l'ordonnance du 3 mars 1825 ; — Considérant que les faits relevés par la citation ne sauraient être considérés comme des actes administratifs ; — Considérant toutefois que lorsqu'il propose un déclinaire dans une instance engagée devant le tribunal de l'ordre judiciaire, le préfet agit comme représentant de la puissance publique et qu'il ne peut être consi-

déré comme partie en cause, ni être condamné aux dépens de l'incident : L'arrêté est annulé. La disposition du jugement rendu par le tribunal correctionnel de Lorient qui condamne le préfet aux dépens de l'exception d'incompétence est considérée comme non advenue (1). »

Le tribunal des conflits a considéré comme fait personnel, le fait d'agents de police qui avaient, sur l'ordre d'un sous-préfet, lacéré des affiches électorales (2), le fait d'un maire qui avait retiré des mains d'un individu le plan cadastral mis à sa disposition par le secrétaire de la mairie et l'avait obligé à se retirer (3).

Affaire Girodet contre Morizot. — M. Girodet, dont l'enfant était élève de l'école primaire, assigna devant le tribunal civil de Dijon M. Morizot, instituteur public à Vieuvigne, pour avoir tenu, en présence des enfants des deux sexes se trouvant à ladite école, les propos suivants :

1° Les soldats français sont des voyous et des lâches ;

2° Les Allemands ont bien fait en 1870 de tirer sur les enfants au berceau ;

1. Trib. des conflits. Dalloz. *J. G.*, 1883.3. 83.

2. Trib. des conflits (aff. Vincent), 15 février 1890. Lebon, p. 183

3. Trib. des conflits, 20 janvier 1900 (Le Visage), S. 1900. 3. 89.

3° Ceux qui croient en Dieu sont des imbéciles ;

4° Il ne faut pas se confesser au curé, mais à ceux à qui on a fait tort ;

5° Les curés causent la guerre :

6° Les vers qui se trouvent dans les prunes s'appellent des curés ;

7° Le bon Dieu c'est un porte-monnaie bien garni :

8° et 9° (Deux phrases obscènes).

Sur l'exception d'incompétence élevé par l'instituteur, le tribunal civil de Dijon rejeta la plainte, motifs pris de ce que « les propos articulés par Girodet sont des appréciations de choses et d'idées, dont l'objet rentre dans l'enseignement de l'instituteur ».

Sur appel, la Cour de Dijon infirma le jugement du tribunal civil se fondant sur ce que « l'on chercherait vainement à quelle partie de l'enseignement pédagogique dont l'instituteur est chargé, ou de la mission qu'il a reçue d'apprendre à ses élèves les devoirs de la morale, leurs devoirs envers l'Etat et le respect des droits d'autrui, peuvent se rattacher les propos imputés à Morizot ».

Le préfet de la Côte-d'Or présenta à la Cour un déclinatoire de compétence ; le procureur général prit des réquisitions tendant à établir qu'il n'y a lieu de retenir la demande de Girodet qu'autant qu'elle se base sur les propos cotés sous les numéros 1, 2 et 3 ; que pour le surplus ladite demande devrait être considérée comme incompétemment portée d-

vant la juridiction ordinaire. Par un second arrêt, la Cour admit le déclinatoire pour les propos articulés sous les numéros 5, 6 et 9 ; mais elle rejeta le déclinatoire en ce qui concerne les autres propos. Sur ce le préfet éleva le conflit.

M. Tardieu, commissaire du gouvernement, présenta ses observations en ces termes : « Vous vous trouvez en présence de deux thèses absolues :

« 1° La thèse de l'intervenant, d'après laquelle l'instituteur commet une faute personnelle, toutes les fois qu'il s'écarte des programmes ou des méthodes admises par les autorités académiques ou que, même à l'occasion du développement de ces programmes, il profère des paroles contraires aux lois ou à la morale ou qu'il blesse la conscience de ses élèves ou de leurs parents dans leurs convictions religieuses, que les lois lui imposent le devoir de respecter ;

« 2° La thèse du ministre, d'après laquelle tout propos, si répréhensible qu'il soit, tenu par un instituteur dans sa classe à l'occasion de son enseignement et qui ne constituerait pas un délit caractérisé devrait être comme une faute professionnelle, ne relevant que des juridictions administratives.

« La vérité, croyons-nous, est entre les deux.

« Examinons d'abord la thèse du ministre. Cette thèse peut comporter deux interprétations.

« 1° M. le Ministre dit qu'aux termes de la loi du 30 octobre 1886, c'est aux autorités ou conseils de

l'instruction publique, à l'exclusion de toutes autres autorités ou tribunaux, qu'il appartient d'assurer la répression des fautes professionnelles commises par les membres de l'enseignement primaire public.

« Mais à notre connaissance, aucun texte ne dispose que l'existence d'une juridiction disciplinaire aura pour effet de supprimer le droit de recours des citoyens aux tribunaux ordinaires. Et c'est avec raison, car l'accès des juridictions disciplinaires n'est pas ouvert aux particuliers, qui n'ont pas le droit de les saisir directement. Ces juridictions sont faites pour donner des garanties aux fonctionnaires contre les révocations arbitraires du gouvernement, mais non pour les soustraire aux tribunaux de droit commun, s'ils causent aux citoyens quelque dommage.

« Admettre que les propos tenus par les instituteurs au cours de leur enseignement ne peuvent être examinés, appréciés et censurés, s'il y a lieu, que par les autorités et juridictions universitaires, serait créer pour cette catégorie spéciale des fonctionnaires une immunité analogue à celle dont jouissent les membres du Parlement pour les discours qu'ils prononcent à la tribune.

« Ce serait tout au moins rétablir, au profit exclusif des instituteurs, la garantie personnelle de l'article 75 de la constitution de l'an VIII supprimé pour les autres fonctionnaires.

Sous l'empire de ce texte, quand un particulier lésé par un fonctionnaire demandait l'autorisation de le poursuivre et que l'administration, tout en reconnaissant les torts de son agent, voulait étouffer l'affaire, elle le frappait d'une peine disciplinaire et estimant que celle-ci constituait une satisfaction suffisante pour la partie lésée, refusait à celle-ci l'autorisation des poursuites.

« 2° Le seul obstacle que rencontre aujourd'hui l'action des parties lésées, c'est celui qui résulterait du caractère administratif de l'acte fait par le fonctionnaire. La thèse ministérielle peut encore se comprendre ainsi : « Les écarts de langage d'un instituteur dans
« son enseignement, les attaques contre la patrie, contre l'armée, la violation du principe de neutralité
« religieuse, constituent des fautes de service, des
« fautes administratives. Donc, en vertu de la jurisprudence constante, c'est à l'Etat et non à l'instituteur qu'il faut en demander compte ».

« D'après le mémoire du ministre la faute personnelle ne commencerait qu'au délit caractérisé.

« Mais dans tous les services publics il existe entre l'acte délictueux et la faute administrative une zone intermédiaire celle de la faute personnelle non délictueuse...

« Quant au lieu d'un exposé de principes de l'instituteur on rencontre des propos grossiers et injurieux, des définitions irrévérencieuses ou grotesques, des

railleries malséantes ou de basses plaisanteries, on voit apparaître non plus le fonctionnaire accomplissant un service d'Etat, non plus l'instituteur, mais l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, en un mot nous n'avons plus en face de nous une faute administrative, mais une faute personnelle ».

Le tribunal des conflits s'appropriâ ces conclusions : « Considérant, dit-il, que de tels propos, en supposant qu'ils aient été tenus, ne sauraient être considérés comme se rattachant à un titre quelconque à l'enseignement que l'instituteur a mission de donner à ses élèves : que le premier est un outrage à l'armée et le deuxième l'apologie d'un fait qualifié crime par la loi ; qu'en termes grossiers et injurieux le troisième, le quatrième et le cinquième sont la violation caractérisée du principe de la neutralité scolaire en matière religieuse et une atteinte grave au droit d'éducation des parents ; que tel qu'il est énoncé le dernier semble enfin n'être que l'expression d'une pensée obscène ; — Considérant dès lors que le fait de les avoir tenus constituerait, s'il était établi, une faute personnelle à Morizot et se détachant de ses fonctions d'instituteur ; — Considérant, d'autre part, que l'exercice éventuel de l'action disciplinaire par l'autorité universitaire ne saurait mettre obstacle à l'action du père de famille ; que par suite en rejetant dans les limites où elle l'a fait le déclinatoire

pris par le préfet de la Côte-d'Or, la Cour de Dijon n'a pas méconnu les règles de sa compétence... » (Arrêté de conflit annulé) (1).

*Cas où le tribunal des conflits a vu
un acte administratif*

Affaire Gounouilhou. — Cette décision montre que, d'après la jurisprudence, l'illégalité prétendue d'un acte administratif ne le transforme pas nécessairement en quasi-délit de droit commun.

Un sieur Gounouilhou avait assigné M. de Tracy, préfet de la Gironde, pour avoir illégalement et par abus d'autorité limité les autorisations de colportage par lui délivrées à la vente de certains journaux, en excluant de cette autorisation la *Gironde* et la *Petite Gironde*.

« Considérant, dit le tribunal des conflits, que la délivrance d'autorisations de colportage a été placée dans les attributions des préfets par l'article 6 de la loi du 27 juillet 1849, que soit qu'ils refusent ou retirent les autorisations, soit qu'en les accordant ils en limitent les effets, ils agissent dans l'exercice de leurs attributions et comme représentants de l'autorité publique ; que ces mesures ayant essentiellement

1. Trib. des conflits, 2 juin 1908. Dalloz. *J. G.*, 1908. 2. 57.

le caractère d'actes de police administrative, la prohibition faite aux tribunaux de connaître des actes de cette nature, qui constitue une règle de compétence absolue et d'ordre public, leur interdit de rechercher s'ils ne seraient pas entachés d'erreur ou d'excès de pouvoirs ; que l'illégalité reprochée à un acte administratif ne la dépouillerait pas de ce caractère pour le faire dégénérer en un fait particulier et qu'à l'autorité administrative seule il appartient d'apprécier si ce reproche était fondé » (1).

La rédaction de cet arrêt est approuvée par M. Laferrière en tant qu'il donne le critérium du système qui, selon lui, doit être adopté, mais il en critique l'application à l'affaire Gounouilhou. Pour lui les conditions ainsi mises à l'autorisation du colportage équivaldraient à l'interdiction de vendre sur la voie publique les journaux qui déplairaient au gouvernement. Ces mesures seraient une atteinte à la liberté de la presse, étrangère aux attributions administratives. Aussi déclare-t-il qu'en l'espèce il y avait abus de pouvoir ayant le caractère d'une faute personnelle du préfet (2).

Une décision du 15 décembre 1877 (D. P. 1878. 3. 20) complète celle qui précède en ajoutant à l'énoncé du principe ce mot nécessaire : « Considérant que l'illé-

1. Trib. des confl., 24 novembre 1877. Dalloz, *J. G.*, 1878. 3. 17.

2. Laferrière. *Traité*, t. I, p. 651.

galité ou l'excès de pouvoir reproché à un acte administratif, lors même qu'ils seraient reconnus par l'autorité compétente ne le dépouilleraient pas de ce caractère et n'auraient pas pour effet *nécessaire* de faire dégénérer la faute ou erreur administrative qui aurait été commise, en une faute personnelle de laquelle seule peut résulter la responsabilité civile. »

Le tribunal des conflits veut indiquer par là que les tribunaux judiciaires ne sont compétents que lorsque l'illégalité ou l'excès de pouvoir prend le caractère d'une faute lourde.

Affaire Laumonnier-Carriol. — Le tribunal des conflits admet que l'acte peut n'être pas administratif et que les tribunaux judiciaires n'ont pas nécessairement qualité pour statuer sur l'action en responsabilité même dans le cas où l'illégalité a été reconnue par la juridiction administrative et où cette juridiction a annulé l'acte incriminé. C'est ce qu'il a décidé le 5 mai 1877. Un arrêté du préfet de Maine-et-Loire avait fermé la fabrique d'allumettes de M. Laumonnier-Carriol, en vertu d'ordres ministériels. Déféré au Conseil d'Etat, l'arrêt fut annulé pour excès de pouvoir, par ce motif que la décision avait été prise exclusivement, d'après les instructions du ministre des Finances, en vue d'éviter au Trésor le paiement d'une indemnité pour expropriation de la fabrique, par application de la loi du 2 août 1872. A la suite de cet arrêt M. Laumonnier-Carriol assigna

devant le tribunal civil d'Angers MM. Mathieu Bodet et Magne, ex-ministres des Finances et M. Merlet ex-préfet de Maine-et-Loire, pour s'entendre condamner solidairement à lui payer des dommages-intérêts, en réparation du préjudice que lui aurait causé la fermeture de son établissement. Le tribunal ayant repoussé le déclinatoire présenté par le préfet, ce dernier éleva le conflit.

Devant le tribunal des conflits M. Laferrière, commissaire du gouvernement demanda la confirmation : « Le tribunal d'Angers, dit-il, nous paraît s'être mépris sur la véritable portée de l'annulation pour excès de pouvoir. On confond trop souvent l'excès de pouvoir avec l'abus de pouvoir, avec l'abus d'autorité prévu par le Code pénal. Nous reconnaissons que l'expression prête à équivoque ; elle est énergique, colorée, beaucoup trop colorée pour ce qu'elle veut dire. Elle désigne dans la pratique ^{du} contentieux administratif, toute incorrection commise au point de vue de la légalité, toute faute, toute erreur même la plus vénielle et la plus excusable, sur le sens d'une loi, sur les limites d'une compétence administrative et même sur les exigences d'une procédure. L'excès de pouvoir en matière administrative a un sens encore plus large qu'en matière judiciaire. Il comprend la fausse application de la loi, l'incompétence, le vice de forme, l'erreur de droit.

« Mais de même que le juge dont l'arrêt est cassé par

la Cour de cassation ne tombe pas pour cela sous le coup de la prise à partie, de même l'administrateur dont la décision est cassée par le Conseil d'Etat n'encourt pas, de plein droit, une responsabilité personnelle. La responsabilité civile ne s'ajoute à la responsabilité administrative que si l'illégalité reconnue par le Conseil d'Etat constitue en même temps qu'une erreur de droit une faute personnelle de l'agent... »

Et le tribunal des conflits par les mêmes considérants se prononça pour l'incompétence de l'autorité judiciaire (1).

Le tribunal des conflits a vu un fait de service, dans l'acte d'un directeur des contributions directes qui avait fait inscrire indûment sur la liste électorale d'une commune des individus qui n'avaient pas le droit d'y figurer, en ayant opéré des mutations de propriété en dehors des conditions prescrites par les règlements et sur des déclarations et certificats frauduleux (2); dans le refus par un maire de délivrer un certificat de bonnes vie et mœurs (3).

1. Trib. des confl., 5 décembre 1877. Dalloz, *J. G.*, 1878. 3. 20.

2. Trib. des confl. (affaire Julia), 9 novembre 1895 Dalloz, *J. G.*, 1896, p. 93, 3^e partie.

3. Lebon, 1880, p. 351.

II

JURISPRUDENCE ACTUELLE DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

La Cour de cassation n'a pas tardé, plusieurs années après 1873, à se rallier à la doctrine admise par le tribunal des conflits et à distinguer elle aussi entre l'acte administratif et la faute personnelle. Mais si les deux autorités, le tribunal des conflits et les tribunaux judiciaires acceptent la distinction entre le fait du service et la faute personnelle, on peut relever des divergences dans l'application du principe.

Nous distinguerons sous quatre chefs, comme nous l'avons fait pour la jurisprudence administrative, les réclamations dirigées contre les fonctionnaires.

I. — *Réclamations fondées sur des actes
prétendus de gouvernement*

La jurisprudence, en général, admet l'existence d'actes de gouvernement.

Mais lorsqu'il s'agissait de mesures de sûreté géné-

rale, cette jurisprudence semblait avoir repoussé cette théorie. Dans l'affaire de la saisie des portraits du duc d'Orléans où le demandeur réclamait la restitution d'une propriété mobilière et la réparation du préjudice qui serait résulté d'une saisie opérée par le préfet de police, en vertu des ordres du ministre de l'Intérieur et de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, le préfet se défendit en prétendant que les faits à lui reprochés étaient des actes de gouvernement et de haute police.

Le tribunal de la Seine repoussa ce moyen et se déclara compétent :

Cependant le 13 novembre 1899 le même tribunal s'est rattaché à la théorie de l'acte de gouvernement : « Attendu, a-t-il dit, que Puibaraud, n'a fait qu'obéir aux instructions qu'il avait reçues de ses supérieurs hiérarchiques ; qu'il s'est borné à exécuter les ordres de l'administration, qu'il s'agit dès lors d'un acte de gouvernement échappant à l'appréciation du tribunal comme ne rentrant pas dans les limites de sa compétence, par ces motifs se déclare incompétent. »

II. — *Imputations diffamatoires relevées contre des fonctionnaires*

*Cas où la jurisprudence judiciaire a vu une faute
personnelle. Affaire Daure-Loumagne — Le sieur*

Daure, maire de la commune d'Alan, avait mentionné sur le tableau rectificatif des listes électorales, le motif de retranchement du nom d'un électeur, le sieur Loumagne. Citation par ce dernier au maire devant le tribunal correctionnel pour diffamation. La Cour d'appel de Toulouse infirma le jugement du tribunal correctionnel qui s'était déclaré compétent. Sur pourvoi de Loumagne la Chambre criminelle cassa l'arrêt de la Cour par une décision qui fut elle-même annulée par le tribunal des conflits (1).

La Cour de cassation a distingué dans cet acte deux faits. Elle a vu un acte administratif dans l'affichage du tableau rectificatif et une faute personnelle dans la mention sur ce tableau du motif de la radiation de l'électeur.

« Attendu que si l'affichage de l'avis faisant connaître le dépôt du tableau rectificatif au secrétariat de la commune est seul prescrit expressément par le décret du 2 février 1852, l'affichage du tableau lui-même est incontestablement conforme à l'aspect de la loi, puisque toutes les mesures qu'elle édicte ont pour objet d'assurer la plus large publicité aux additions et retranchements ; que le maire, à qui il appartient de prendre ces mesures, procède d'abord, dans le cas d'affichage du tableau à un acte qui rentre dans

1. Trib. des conflits, 26 juin 1897. Dabloz. *J. G.*, 1899. 3. 67.

ses attributions et qui constitue dès lors un acte administratif ; mais attendu qu'il n'en est pas de même de la publicité donnée aux motifs de la radiation ; qu'il n'est point dit par la loi que ces motifs seront ou pourront être inscrits au tableau rectificatif ; qu'en supposant qu'ils y soient indiqués leur divulgation serait étrangère à l'objet légal de la publication du tableau, qui est de porter la liste des additions et retranchements à la connaissance des intéressés et non pas de signaler à l'attention de tous, les causes de l'incapacité qui peut frapper certains individus ; qu'il y aurait donc, dans cette divulgation commise par le maire, non pas un acte administratif susceptible d'être critiqué à ce titre, mais un acte personnel étranger à la mission que le maire tient de la loi... par ces motifs casse. »

Le tribunal des conflits, au contraire, a envisagé l'acte du maire dans son ensemble et il y a vu un acte administratif.

On peut se demander s'il y a désaccord entre la Cour de cassation et le tribunal des conflits ; (les deux juridictions) pensent que la publication du tableau rectificatif est un acte de la fonction du maire, acte qui par lui-même n'est pas de la compétence des tribunaux judiciaires. Cependant, nous ne trouvons, dans les articles 2 et 8 du décret du 2 février 1852 aucune prescription de publication ce n'est qu'une déduction que l'on peut tirer de ces textes.

Jusqu'ici il n'y a pas divergence entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire, elles se séparent sur la publication des motifs de radiation.

La première y voit un fait de service, la deuxième une faute personnelle. Le ministre de l'Intérieur a tenté de montrer que le désaccord n'était pas aussi considérable qu'il semble entre les deux autorités, chacune ayant statué sur une matière différente. Dans un mémoire qu'il a soumis au tribunal des conflits, il fait observer la confusion entre les articles 2 et 8 du décret précité sur laquelle est basé l'arrêt de la Cour de cassation, la cour n'ayant fait état que de l'article 2 visant une des formalités prescrites par la revision annuelle de la liste électorale, alors qu'elle aurait dû appliquer l'article 8 qui prévoit les changements apportés à la liste après sa clôture annuelle.

L'observation est exacte, mais elle n'atténue pas le conflit entre les deux doctrines. Le raisonnement fait par la Cour sur l'article 2 s'applique *a fortiori* à l'article 8. En effet, quand il s'agit de la revision annuelle, les motifs doivent être consignés sur un registre. Quoique ce registre soit une pièce d'ordre intérieur, on pourrait penser que les mentions qu'il contient doivent être reproduites sur les tableaux de revision. Un raisonnement analogue n'est pas possible sur l'article 8, car il n'y est pas question de l'inscription des motifs.

Il y a donc divergence. Il reste à savoir quelle est la meilleure solution qui a été donnée. Il nous semble que c'est à la Cour de cassation qu'en revient le mérite. Aucun texte ne parlant de la mention des motifs sur la liste mise à la disposition du public, par suite, le fait de la publier et de rappeler aux électeurs la mesure qui frappe l'un d'eux d'incapacité, constitue le délit de diffamation prévu par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, c'est-à-dire un fait personnel.

M. Berthélemy incline vers la décision des tribunaux administratifs. Pour lui, il n'y a pas deux actes accomplis, il n'y a qu'un seul acte qui est la publication du tableau : « On peut dire que cet acte est ou n'est pas administratif, mais nous ne concevons pas comment on peut soutenir qu'il est administratif pour moitié et non administratif pour l'autre (1). » Le système de M. le professeur Berthélemy conduit à la condamnation même de la théorie des faits séparables.

Cas où la jurisprudence judiciaire a vu une faute administrative. — Le sieur C... avait actionné en dommages-intérêts le sieur B... percepteur, à raison du préjudice que ce dernier lui avait causé en fournissant sur son compte des renseignements au préfet du Lot, renseignements qui l'auraient empêché de

1. Berthélemy. *Poursuites contre les fonctionnaires*, loc. cit., p. 16.

participer à deux concours pour les fonctions publiques. La Cour d'appel a déclaré que le préfet avait accompli un acte administratif en adressant à un fonctionnaire placé sous ses ordres, une demande de renseignements sur un candidat à une fonction publique, et que le percepteur qui a eu comme employé ce candidat, accomplit de même un acte administratif en la fournissant (1).

III. — *Réclamations fondées sur des faits
de négligence ou d'imprudence*

Cas où la jurisprudence judiciaire a vu une faute personnelle. — Affaire Cros. — Rappelons les faits déjà exposés. Le sieur Deyres avait assigné le sieur Cros, employé au télégraphe, devant le tribunal d'Agen, en paiement d'une somme qu'il aurait gagnée si un télégramme qu'il avait adressé à un de ses amis n'avait pas été retenu par la faute lourde de cet agent. Le tribunal l'ayant débouté de sa demande comme tendant indirectement à sanctionner les opérations de jeu dont la nullité est d'ordre public, il fit appel et la Cour d'Agen condamna par défaut le sieur Cros à 50 francs de dommages-intérêts. Ce dernier fit opposition et le préfet présenta un déclinatoire

1. Cour d'appel d'Agen, 23 mars 1903. Dalloz. *J.-G.*, 1903. 2. 135.

de compétence qui fut repoussé par la Cour par ce motif que le jugement n'exigeait l'interprétation d'aucun acte administratif et que le fait imputé à l'agent constituait une faute lourde et personnelle.

Nous avons vu que le tribunal des conflits n'a pas admis cette manière de voir.

Affaire Barbot contre Dubertrand. — Un sieur Barbot avait assigné devant le tribunal civil de Bordeaux, Dubertrand, maire de Bègles, en dommages-intérêts à raison du préjudice que lui a fait éprouver ledit maire en l'informant qu'il était accepté par l'autorité municipale comme garde-champêtre et que ses fonctions commenceraient vers la fin de novembre, en fin de quoi il avait donné sa démission de garde-champêtre de la commune de Brède. Installé à Bègles avec sa famille dans le logement affecté au garde-champêtre par le maire, il en fut expulsé quelques jours après par ce dernier sur le motif qu'il n'était plus agréé comme garde-champêtre. Le maire déclina la compétence du tribunal civil, se prévalant de l'article 121 de la loi du 5 avril 1884. La Cour rejeta ce moyen : « Attendu que cet article (art. 21) n'exige l'autorisation du conseil de préfecture que pour les actions dirigées contre les communes ; que Barbot a intenté un procès non à la commune de Bègles, mais à Dubertrand ; attendu que la juridiction judiciaire est compétente pour connaître des actions auxquelles donnent lieu les

actes accomplis par un agent de l'autorité dans l'exercice de ses fonctions, lorsqu'ils constituent à sa charge une faute personnelle et sont distincts de l'acte administratif... par ces motifs confirme, etc. (1).

Cas où la jurisprudence judiciaire a vu un fait de service. Administration de la Marine contre Flornoy. — Le 19 août 1866 le navire à vapeur *Le Tristram* se perdit avec sa cargaison entre Port-Louis et Belle-Isle. L'administration de la Marine, qui avait rapatrié les marins de l'équipage naufragé, réclama au sieur Flornoy, armateur du bâtiment, diverses sommes pour frais de rapatriement et droits. Sur le refus de ce dernier, elle l'assigna devant le tribunal de commerce de Nantes qui repoussa la demande. Ce jugement fut cassé et l'affaire renvoyée devant le tribunal de commerce de Rennes qui rejeta également les prétentions de l'administration. Sur pourvoi de celle-ci la Cour de cassation renvoya l'affaire devant le tribunal de commerce de Brest, qui compensa la valeur du canot du steamer *Le Tristram* sauvé, puis perdu par la négligence de l'administration de la Marine avec la somme que celle-ci réclamait à Flornoy pour frais de rapatriement. Nouveau pourvoi en cassation qui jugea ainsi : « Attendu que la demande reconventionnelle formée par Flornoy contre l'administration de la Marine, représentant l'Etat,

1. Cour d'appel de Bordeaux, 29 novembre 1899. Dalloz. *J. G.*, 1900. 2. 324.

avait pour objet de faire déclarer l'Etat civilement responsable de la perte d'un canot imputée à l'incurie des préposés de ladite administration chargée de la surveillance du port de Lorient ; attendu qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de connaître des actions tendant à faire condamner l'Etat, puissance publique, comme responsable du fait de la négligence de ses agents dans l'exécution d'un service public ; d'où il suit que le tribunal de commerce de Brest était incompétent pour juger la demande reconventionnelle de Flornoy, et qu'en y faisant droit il a formellement méconnu la règle de séparation des pouvoirs. Par ces motifs casse (1). »

IV. — *Réclamations fondées sur des abus de pouvoir*

Cas où la jurisprudence judiciaire a vu un fait personnel. Affaire Gaucher contre Joliet. — M. Joliet préfet de la Vienne, ayant établi des fiches secrètes sur les officiers de la garnison du chef-lieu de son département, les fit adresser au ministre de la Guerre, par un sieur Vadecard, tiers dénué de toute qualité pour recevoir une telle communication. Un sieur Gaucher, ému de tels procédés, frappa au visage le pré-

1. Cour de cassation, 19 novembre 1883. Dalloz. *J. G.* 1884. I. 246.

fet qu'il avait rencontré à Paris. M. Gaucher fut poursuivi devant le tribunal correctionnel. Son défenseur déposa des conclusions d'incompétence basées sur ce que les violences avaient été exercées non pas contre le particulier que M. Gaucher ne connaissait pas et contre lequel il n'avait aucun motif d'animosité personnelle, mais contre le fonctionnaire et que si le préfet de la Vienne n'avait pas été souffleté dans l'exercice de ses fonctions, il n'était pas douteux qu'il l'avait été à l'occasion de l'exercice desdites fonctions.

En conséquence il demandait au tribunal de se déclarer incompétent et de réserver la compétence de la Cour d'assises. Le résultat était fort clair, le défenseur voulait pour son client non des juges, mais des jurés, pensant que ces derniers excuseraient le geste de M. Gaucher. Mais le tribunal rejeta cette exception : « Attendu qu'un préfet, s'il était convaincu d'avoir employé de tels procédés, devait être considéré comme ayant agi, non dans l'exercice de ses fonctions, mais bien en dehors de cet exercice (1). »

Cette décision doit être rapprochée de celle de la Cour d'Agen du 23 mars 1903 citée plus haut, par laquelle la Cour déclarait que le percepteur n'était

1. Trib. correct. de la Seine, 3 janvier 1905. Dalloz. *J. G.*, 1905. 2. 16.

pas sorti de l'exercice de ses fonctions en adressant à un fonctionnaire, son supérieur hiérarchique, des renseignements sur un tiers qui se présentait à un concours officiel et par lesquels il donnait à entendre qu'il avait dû renvoyer ce tiers, alors son employé, à cause d'indélicatesses dans son service.

Par suite la jurisprudence judiciaire admet qu'il y a fait de service quand des renseignements sur une personne sont donnés par un fonctionnaire à un autre fonctionnaire et faute personnelle si ces renseignements sont donnés par l'entremise d'une tierce personne étrangère à l'administration.

Affaire Fournier. — Le maire de la commune de Mercy avait refusé à un sieur Fournier, un certificat de provenance pour conduire des bestiaux à la foire de Moulins ; le préfet de l'Allier, à raison de l'existence d'une épizootie de fièvre aphteuse, ayant en effet prescrit que tous les bestiaux conduits aux foires et marchés devaient être accompagnés d'un certificat délivré par le maire de la localité de provenance attestant que ces animaux appartenaient à des étables où l'état sanitaire ne laissait rien à désirer. Le sieur Fournier attaqua le maire devant les tribunaux à raison de son refus illégal et abusif, le maire n'étant pas venu s'assurer de l'état de l'étable et des animaux. Le tribunal judiciaire vit dans le fait reproché au maire une faute personnelle : « Considérant que Fournier reproche au maire de lui avoir,

par simple esprit de taquinerie et pour se venger de querelles judiciaires privées, refusé, avec persistance et dédain, un certificat de provenance pour conduire ses pores à la foire de Moulins, alors même que M. le préfet de l'Allier avait signalé au maire l'erreur matérielle où il s'engageait ; que si ces faits étaient établis, ils constitueraient à la charge du maire une faute personnelle justiciable des tribunaux civils ordinaires. » Le préfet éleva le conflit que le tribunal des conflits valida.

« Considérant que le sieur Fournier n'a précisé... aucune circonstance d'où résulterait que le fait par lui reproché au sieur Guériot (maire de Mercy) eût le caractère d'une faute personnelle se détachant de l'acte de fonction sus-énoncé ; qu'il s'est borné à critiquer cet acte, pris en lui-même comme ayant été non justifié et procédant de rancunes privées... » (Arrêté de conflit confirmé) (1).

Mais alors que faut-il donc pour qu'il y ait faute personnelle ? Je critique l'acte de mon adversaire comme procédant de rancunes privées. Et le tribunal me répond que ce fait n'est pas suffisant pour motiver la compétence des tribunaux judiciaires. Et cependant, dans un semblable cas, est-ce l'administrateur qui agit ? N'est-ce pas plutôt l'homme et l'homme avec ses passions ? Et alors que fait-on de

1. Journal *Le Droit* du 28 mars 1901.

la définition de M. Laferrière de laquelle il résulte que l'acte ne reste pas administratif et peut être déféré aux tribunaux lorsqu'il révèle l'homme avec ses passions, ses faiblesses, ses impudences ?

Cas où la jurisprudence judiciaire a vu un fait de service. Affaire Morlain. — Un arrêté préfectoral, en date du 29 septembre 1874, avait décidé que les jours de fête patronale, les maires du département de l'Aisne pourraient, par mesure générale, autoriser les débitants à tenir leurs établissements ouverts jusqu'à minuit. Le sieur Floquet, maire de la commune de Chigny, dont on célébrait la fête patronale, refusa à Morlain, cabaretier, l'autorisation dont plusieurs autres débitants étaient pourvus et l'obligea à fermer son établissement à l'heure ordinaire. L'affaire fut portée devant le tribunal civil de Vervins, qui décida que le refus du maire motivé par un sentiment d'animosité personnelle constituait une faute engageant sa responsabilité. (D. P. 79. 2. 147.)

Sur appel, la Cour d'Amiens rendit l'arrêt suivant :
« Considérant que le refus par le maire de Chigny, d'autoriser Morlain à tenir son cabaret ouvert après l'heure habituelle de fermeture, est une mesure qui rentrait dans les attributions de ce maire et qui est présumée avoir été prise pour le maintien du bon ordre dans la commune ; considérant qu'à la vérité Morlain se plaint de ce qu'en prenant cette mesure le maire se serait écarté des règles générales tracées en

vue des circonstances qui se présentaient le jour susdit, par un arrêté du préfet de l'Aisne, en date du 29 septembre 1874, que ce fait, *en le supposant exact*, peut bien engager la responsabilité du maire vis-à-vis du chef hiérarchique, sous la surveillance duquel il exerce ses pouvoirs de police, mais qu'il ne s'ensuit pas que la mesure de police dont il s'agit n'ait pas été prise dans le cercle de ses pouvoirs ; qu'ainsi elle constitue non un fait personnel, mais un véritable acte administratif ; considérant qu'en admettant même que cet acte ait causé un préjudice à Morlain, l'autorité judiciaire est aussi impuissante pour en apprécier le résultat que pour en apprécier les motifs ; que la règle de la réparation des pouvoirs s'y oppose. Par ces motifs, réformant, dit que l'autorité judiciaire était et est incompétente pour connaître de l'action en dommages-intérêts intentée par Morlain contre Floquet (1). »

Comme nous sommes loin de l'arrêt Fournier de la théorie des faits réparables ? Nous croyons qu'elle aurait dû s'appliquer en l'espèce. Nous voyons par là combien, en adoptant la distinction de la faute personnelle et de la faute de service, il est difficile aux tribunaux judiciaires de ne pas se déjuger. La crainte d'empiéter sur la compétence

1. Cour d'Amiens, 8 juillet 1878. Dalloz. *J. G.*, 1880. 2. 147.

des tribunaux administratifs est pour beaucoup dans leurs décisions, ou peut-être aussi le souci caché d'éviter par paresse l'encombrement de leurs rôles.

CHAPITRE IV

Critique de la jurisprudence et conclusions

D'après le système de la jurisprudence, si le fait est détachable de l'acte administratif, le fonctionnaire sera responsable ; si, au contraire, le fait n'est pas détachable le fonctionnaire échappera à cette responsabilité.

D'où il suit que la jurisprudence et les auteurs qui prétendent la justifier, mettent sur une même ligne ces trois expressions : faute lourde, fait personnel, fait séparable ; et sur une autre : faute légère, fait de service, fait non séparable. M. Naquet s'est élevé contre cette doctrine qui tend à rendre identiques l'acte séparable et la faute lourde : « Ce n'est pas l'importance de la faute commise, dit-il, ce n'est pas la circonstance qu'elle constitue un abus de pouvoir qui caractérise le fait personnel, c'est uniquement le motif qui l'a engendré. Ce motif est-il professionnel ? L'acte est administratif. Est-il extrinsèque à la fonction ?

« L'acte devient personnel, encore qu'il rentre dans la compétence de son auteur (1). »

Et puis les faits que les tribunaux déclarent détachables peuvent-ils en réalité être séparés de l'acte administratif ?

Si dans certaines affaires le fait est facilement détachable, dans d'autres il est plus difficile de faire la distinction ; l'acte personnel s'incorpore presque à l'acte administratif et les tribunaux judiciaires, de peur d'apprécier des actes administratifs, déclinent leur compétence. C'est ce qui ressort des motifs d'un jugement du tribunal de Nîmes appelé à connaître d'une action en réparation dirigée par un médecin contre le maire de sa commune qui l'avait rayé de la liste des médecins chargés du service de l'assistance médicale de nuit : « Attendu que C... a agi en qualité de maire, et que, dès lors, pour statuer sur le caractère peut-être malveillant et dolosif de l'abus de pouvoir qui lui est reproché, le tribunal serait appelé à apprécier, dans ses termes et son esprit, un acte administratif dont l'examen et l'appréciation échappent à l'autorité judiciaire (2). »

Voilà où conduit la doctrine. Elle ne distingue plus la faute personnelle et l'acte administratif. Où

1. Note de Naquet sous Cassation, 10 janvier 1900. S. 1900 I 273.

2. Trib. de Nîmes, 27 mars 1901. Le journal *Le Droit*, n° du 6 avril 1902.

trouve-t-on la comparaison de la faute personnelle et du fait détachable ?

On répond que si le fait du fonctionnaire n'est pas toujours séparable dans tous les cas, la faute elle en est toujours détachable : « Considérant que le sieur Fournier n'a précisé aucune circonstance d'où résulterait que le fait par lui reproché au sieur Guériot eût le caractère d'une *faute* personnelle se détachant de l'acte de fonction... (1). »

Mais il faudra dans certains cas rentrer dans l'appréciation de l'acte administratif, la faute ne se détachant pas de l'acte. Et puis toute faute alors sera séparable. En effet on peut toujours examiner l'acte sous deux angles différents, le point de vue objectif et le point de vue subjectif. La jurisprudence, pour décider que les tribunaux judiciaires sont incompétents pour décider, emploie même l'expression de *faute fonctionnelle*. Parler de *faute fonctionnelle*, de *faute personnelle*, c'est considérer le même point de vue subjectif, lequel est toujours distinct du point de vue objectif.

La jurisprudence de plus ne se contredit-elle pas ? On peut relever des décisions où la faute qualifiée d'administrative et considérée comme ne pouvant être détachée de l'acte, a cependant le caractère de *faute lourde*. Citons les décisions rendues sur l'af-

1. Arrêt déjà cité.

faire Gounouilhou et l'affaire Julia. N'était-ce pas dans le premier cas une atteinte à la liberté de la presse rentrant dans les attributions de l'autorité judiciaire, et dans le second le fait relevé contre le directeur ne rentrait-il pas dans le délit puni par l'article 6 de la loi du 7 juillet 1874 ? (1).

Et que devient alors l'affirmation qui prétend que si le fait accompli dans l'exercice des fonctions présente les caractères manifestes d'un crime, d'un délit, d'une contravention, il y a faute personnelle. Cette affirmation est fausse ; nous en trouvons la preuve dans l'affaire du *Bulletin des Communes*, à propos de laquelle un arrêté de conflit fut élevé et confirmé et qui confondit la publication et la diffamation.

Ce qui nous montre les dangers de cette jurisprudence, qui sera bien souvent tentée, quand elle voudra étouffer une affaire : selon en effet que l'affaire touche de plus ou moins près à la politique, le fait sera qualifié acte gouvernemental ou administratif ; ce qui conduit à la suppression de la distinction entre la faute personnelle et la faute de service. En outre l'acte administratif peut être faute lourde et faute légère. De sorte que le tribunal des conflits enlève

1. Art. 6 de la loi du 7 juillet 1874. — « Ceux qui à l'aide de déclarations frauduleuses ou de faux certificats, se seront fait inscrire ou auront tenté de se faire inscrire indûment sur une liste électorale ; ceux qui, à l'aide des mêmes moyens, auront fait inscrire ou rayer indûment un citoyen et les complices de ces délits seront passibles d'un emprisonnement... »

ainsi à la compétence des tribunaux judiciaires la connaissance des fautes légères et des fautes lourdes. Il s'arroe ainsi le jugement de fond alors qu'il ne devrait être que le juge des compétences. Et si ce tribunal décide que la faute est personnelle, une condamnation ne s'imposera pas toujours aux tribunaux judiciaires. Bien des faits, bien des circonstances empêcheront le plaignant d'obtenir gain de cause, il pourra, par exemple, n'y avoir que faute légère, car la faute personnelle n'est pas toujours faute lourde.

De sorte que si la doctrine du tribunal des conflits n'annihile pas le rôle de l'autorité judiciaire, elle le diminue dans une large mesure.

Relevons encore une anomalie ; si un fonctionnaire cause un dommage se rattachant par un certain lien à l'exécution d'un travail public, de deux choses l'une : ou le dommage causé sera regardé comme la conséquence du travail public et le conseil de préfecture sera compétent, ou il sera regardé comme la conséquence d'une faute personnelle du fonctionnaire et c'est l'autorité judiciaire qui sera appelée à vider le différend. Le citoyen lésé aura donc toujours un tribunal pour adresser sa demande. Mais s'il est lésé à l'occasion d'un acte qui ne se rattache pas à un travail public, et si cet acte est déclaré administratif, aucun tribunal n'aura compétence pour allouer des dommages-intérêts. Pourquoi cette différence ?

Pour justifier encore la jurisprudence du tribunal des conflits, on a essayé de la rapprocher de la jurisprudence admise en matière de prise à partie. Mais elles ne concordent pas.

Parmi les actes passés dans l'exercice de la fonction le tribunal des conflits distingue ceux qui sont administratifs et ceux qui sont fautes personnelles ; en conséquence le fonctionnaire n'est pas couvert dans tous les cas où il a agi dans l'exercice de sa fonction. La jurisprudence, en matière de prise à partie, repousse la distinction entre les faits personnels et les faits administratifs, elle distingue seulement entre les actes commis en dehors de la fonction, et ceux commis dans l'exercice de la fonction ; ces derniers ne peuvent être soustraits à la prise à partie. Cette jurisprudence repousse la distinction subtile et arbitraire, non appuyée sur des textes, elle s'en tient à une autre, sans doute plus restrictive encore de la notion de responsabilité, mais moins arbitraire, découlant naturellement d'un texte : l'article 505 du Code de procédure.

Un arrêt récent fera mieux comprendre la différence :

« Un garde particulier avait saisi une barque ayant, suivant lui, servi à perpétrer un délit de chasse sur le territoire confié à sa surveillance. Le propriétaire de l'embarcation en réclama la restitution ou la valeur avec dommages-intérêts, en reprochant au garde

particulier, auteur de la saisie, d'avoir uniquement agi pour satisfaire des rancunes privées. La Cour statua en ces termes : « Attendu qu'une semblable action, ayant pour cause un fait dolosif qui aurait été commis par un officier de police judiciaire, dans l'exercice de ses fonctions, ne pouvait, aux termes des articles 505 et suivants du Code de procédure civile, être intentée contre Jappain que dans les formes de la prise à partie... (1). »

Nous voyons donc que quoique, en l'espèce, il y ait eu une faute personnelle, suivant la jurisprudence administrative, et que, bien que le garde eût saisi la barque par esprit de vengeance, la Cour ne déclara pas la procédure de la prise à partie inapplicable. Si la faute avait été commise par un fonctionnaire, cette faute aurait constitué un fait se détachant de la fonction, une faute lourde, en un mot une faute personnelle.

En résumé, la théorie des faits séparables n'a pas de raison d'être. Elle multiplie seulement les dénis de justice.

La théorie des actes administratifs rend innombrables les cas où les particuliers ne trouvent pas de tribunaux pour faire juger leurs prétentions. En effet en cas de faute de service la responsabilité du fonctionnaire est dégagée, il pourra, il est vrai, subir

1. Cass. Ch. civ., 10 janvier 1900. S. 1900. I. 273.

une peine disciplinaire, mais en ce cas on peut craindre l'indulgence de ses supérieurs hiérarchiques. C'est donc à l'irresponsabilité absolue du fonctionnaire vis-à-vis des particuliers que l'on se heurte, lorsque l'acte dommageable est reconnu administratif. Sans doute dans certains cas, mais pas dans tous, le particulier pourra obtenir réparation du préjudice subi, mais cette réparation ne s'imposera pas aux tribunaux administratifs, car cette jurisprudence ne fait pas découler cette obligation des textes du Code civil, mais d'un principe supérieur de justice et d'équité.

On invoque pour dissimuler l'arbitraire de cette règle l'extension qu'en a donnée le Conseil d'Etat, extension beaucoup plus large que celle que comportent les articles 1382 et suivants du Code civil. Cependant nous reprochons à ce système le manque de textes légaux sur lesquels on peut appuyer, fonder la responsabilité de l'Etat : « En fait, dit M. Berthélemy, le Conseil d'Etat statue en équité et il se montre en conséquence plus large dans ses allocations que les tribunaux civils qui basent leurs décisions sur les articles 1382 et suivants ; mais cette jurisprudence d'équité suppose cependant que la personne lésée n'a pas le droit de réclamer une indemnité.

« Vous venez devant le Conseil d'Etat parce que vous ne pouvez fonder votre demande sur aucun texte

légal ; si vous aviez un droit, nous vous renverrions devant la juridiction civile (1). »

Aussi concluons-nous à la responsabilité de l'Etat et du fonctionnaire et à la compétence des tribunaux judiciaires.

En effet pourquoi ne pas appliquer à l'Etat et aux fonctionnaires les articles 1382 et suivants du Code civil.

Tout dommage causé sans droit oblige à réparation ; le commettant est tenu de réparer le dommage causé sans droit et provenant du fait de son préposé. Comme nous l'avons exposé dans la doctrine de M. Michaud, la personne morale a non une volonté naturelle mais une volonté légale, volonté qui est constituée par la volonté combinée de ses représentants ou organes. Ces intermédiaires se divisent en représentants de la personne morale et en préposés de la personne morale. Ce système aboutit à écarter la considération de la gravité de la faute.

Le principe de la responsabilité de l'Etat, basée soit sur les règles du droit civil, soit sur le principe de justice et d'équité, est en général admis par la doctrine et la jurisprudence, mais là où la jurisprudence et la doctrine ne s'accordent pas, c'est sur la question de déclarer le fonctionnaire responsable dans tous les cas où il commettra une faute. Aussi

1. Berthélemy, *Revue pénitentiaire*, année 1906, p. 521.

nous préoccupons-nous de montrer combien est monstrueuse la doctrine tendant à déclarer le fonctionnaire irresponsable dans tous les cas ou dans certains cas.

Le système de l'irresponsabilité des fonctionnaires doit être rejeté ; il fait échec à deux grands principes de notre droit : à celui qui veut que nul ne puisse se soustraire à la responsabilité de ses actes et à celui qui proclame l'égalité de tous devant la loi.

« Pourquoi, peut-on dire avec M. Jacquelin, instituer la protection au profit de celui qui détient le pouvoir, et qui, par suite, est enclin à en abuser, alors qu'au contraire il serait naturel d'organiser cette protection en faveur de l'individu qui est soumis à ce pouvoir et qui par suite, est exposé à ses abus ? Alors que le droit constitutionnel moderne recherche la garantie des droits individuels, la garantie administrative constitue une institution à rebours puisqu'elle profite au détenteur du pouvoir » (1).

Cette garantie administrative est contraire à l'intérêt du citoyen, à celui de l'administration et à celui du fonctionnaire.

A l'intérêt du citoyen : on le prive du droit de poursuivre l'auteur du fait dommageable qu'il a subi, c'est une garantie qu'on lui enlève ; s'il avait le libre

1. Jacquelin, *op. cit.*, p. 116.

droit de poursuites il serait plus vite indemnisé en attaquant le fonctionnaire ; nous connaissons la lenteur des paiements des mandats administratifs. Puis si l'Etat est condamné au lieu du fonctionnaire on fait retomber sur le citoyen par le moyen de l'impôt, quelque minime soit-il, la charge de l'indemnité.

A l'intérêt de l'administration : en effet la responsabilité morale de l'acte qu'a commis son agent rejaillit sur elle ; si même elle le frappe disciplinairement, cette peine ne sera pas connue de la victime ; il serait préférable qu'un jugement public motivé intervienne pour donner satisfaction à l'opinion et ainsi le fonctionnaire ne pourra représenter la peine infligée comme étant l'œuvre de la prévention. Elle y gagnera dans un meilleur choix de ses fonctionnaires, plus imbus de leurs devoirs et de leurs obligations. L'Etat, en outre, y gagnerait pécuniairement. Il ne serait pas obligé de réparer les dommages causés par ses agents si ces derniers sont solvables. D'ailleurs un cautionnement pourrait garantir le Trésor.

A l'intérêt du fonctionnaire lui-même : il est accusé ; sa dignité lui ordonne de ne pas laisser tomber les débats grâce auxquels la lumière éclatera au grand jour. Le système de la responsabilité est pour les fonctionnaires une garantie contre la volonté illégale de leurs chefs ; c'est pour eux le droit de refus contre certains ordres, et en tout cas

le droit d'examen ; sinon ils sont sous l'entière dépendance de leurs chefs. Rappelons-nous les paroles de M. Larnaude : « Trop souvent l'administration oublie qu'elle doit la justice égale à tous, trop souvent elle a deux poids et deux mesures suivant qu'on est bien en cour ou qu'on a encouru la défaveur ou la méfiance de l'homme politique influent du département (1). » Avec le système de la responsabilité les fonctionnaires sont traités de la même façon, et nous nous séparons de l'opinion de M. Larnaude qui voit le remède : « dans la réforme de nos mœurs politiques, dans un meilleur recrutement des fonctionnaires, dans le retour très net du principe de l'autorité dégagée de toute influence politique, dans l'affranchissement des fonctionnaires de ces patronages qui sont aussi des tyrannies véritables. Il ne faut pas que les fonctionnaires soient les hommes des députés et des sénateurs, mais les hommes de l'administration. Et le jour où il en sera ainsi, nous n'aurons pas besoin de critiquer notre loi » (2).

Voyons maintenant les arguments invoqués contre la thèse de la responsabilité des fonctionnaires.

Si l'on permettait aux fonctionnaires de critiquer les ordres illégaux n'arriveraient-ils pas à critiquer les actes mêmes légaux ? La marche des services

1. Larnaude. *Revue pénitentiaire*, année 1906, p. 673.

2. Larnaude, *op. cit.*, p. 674.

publics n'en serait-elle pas ainsi entravée? On peut répondre à cette objection que si les fonctionnaires doivent obéissance à leurs supérieurs hiérarchiques, ils doivent obéissance en premier lieu à la loi ; avant toute autre autorité ils doivent respecter la loi.

On invoque encore un principe général de droit public suivant lequel les représentants des grands pouvoirs de l'Etat doivent être protégés contre les attaques des particuliers : ainsi la garantie parlementaire résultant de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1875. Mais le motif qui l'a fait édicter a été de sauvegarder l'indépendance des électeurs : on n'a pas voulu qu'une circonscription pût être privée de son député. Quand il s'agit d'un fonctionnaire la situation n'est plus la même. Une poursuite à fins civiles n'entraînera pas pour les administrés la perte de leur administrateur. Puis le fonctionnaire n'est pas nommé, en général, par les électeurs. En l'état actuel la garantie parlementaire protège la fonction, la garantie administrative le fonctionnaire (1).

Pourquoi dit-on, encore, consacrer une différence entre les juges et les administrateurs ? Pour-

1. Remarquons que la garantie parlementaire est temporaire, que l'autorisation de la Chambre ou du Sénat n'est exigée qu'en matière criminelle ou correctionnelle, encore cesse-t-elle en cas de flagrant délit, tandis que le système de l'irresponsabilité, conçu dans la forme de notre jurisprudence, couvre l'agent même contre les actions civiles.

quoi, par la procédure de prise à partie, favoriser les juges plus que les fonctionnaires ? Ceci résulte de leur caractère d'inamovibles. Les fonctionnaires n'ayant pas cette qualité, il leur est difficile de ne pas exécuter un ordre illégal. Ils courraient au-devant de leur destitution. Les abus sont donc bien plus à craindre et la nécessité d'une sanction se fait d'autant plus sentir.

C'est donc une raison vraie, que celle de dire que « parce que les administrateurs sont amovibles, ils doivent être responsables, que s'ils étaient inamovibles on comprendrait mieux les garanties qu'on veut leur accorder. »

En résumé, comme le dit M. Garçon, « la responsabilité effective des fonctionnaires est la base de toute constitution libérale » (1).

Si nous avons prouvé que le fonctionnaire doit être déclaré responsable, il nous reste à examiner à quel tribunal devra s'adresser le particulier lésé par l'acte dommageable.

Selon nous c'est à l'autorité judiciaire qu'il devra réclamer réparation. Qu'on ne nous objecte pas qu'il est irrationnel de donner compétence aux tribunaux judiciaires sur des procès en responsabilité pouvant soulever des questions politiques, administratives. Voici un cas où, dans notre droit actuel, ils connais-

1. Garçon, *Revue pénitentiaire*, année 1906, p. 677.

sent de ces sortes de litiges. Le préfet de police a des droits considérables qui lui sont concédés par l'article 10 du Code d'instruction criminelle. Or en fait, dans quel but fait-il le plus souvent ces actes ?

Dans un but politique et administratif. Or les procès auxquels les actes énumérés dans l'article 10 peuvent donner naissance relèvent de l'autorité judiciaire puisque le préfet de police est officier de police judiciaire. Dès lors puisque dans ce cas les tribunaux judiciaires peuvent statuer sur des matières administratives, parfois gouvernementales, pourquoi n'en serait-il pas de même lorsqu'il s'agit d'autres fonctionnaires n'ayant pas qualité d'officiers de police judiciaire mais accomplissant des actes souvent moins administratifs, moins politiques que ceux du préfet de police.

Qu'on ne nous objecte pas non plus : l'autorité judiciaire va s'en servir d'une façon abusive, arrêter à son gré les rouages de l'administration. Ce serait une allégation erronée. Le passé répond de l'avenir. Quand l'article 75 était en vigueur, l'autorité judiciaire a favorisé son extension ; et même elle n'a pas toujours condamné les fonctionnaires dont la poursuite avait été autorisée par le Conseil d'Etat (1).

1. Sur 620 demandes présentées, 391 furent accueillies et sur ces 391 autorisations ainsi accordées il y eut 251 acquittements, soit seulement 140 condamnations ; près des deux tiers des fonctionnaires, dont les poursuites avaient été autorisées, furent donc déclarés innocents par les tribunaux judiciaires. (*Moniteur univ.* du 26 mars 1835, p. 627.)

Il existe de plus des textes spéciaux concernant des services publics, qui donnent compétence aux tribunaux pour connaître de certains actes illégaux de l'administration : citons le décret du 1^{er} germinal an XIII, article 29, qui donne aux tribunaux judiciaires le pouvoir de condamner la régie des contributions indirectes à des dommages-intérêts en cas de saisie jugée mal fondée ; telle est aussi, en matière de douanes, la loi du 22 août 1791, titre XIII, article 19. Et fait remarquer M. Bernard : « nous ne savons pas que l'application de ces lois ait jamais paralysé l'action des administrations financières, que les tribunaux ne soient inconsidérément immiscés dans les questions de principe (1). »

Il faut considérer l'état actuel et non l'ancien droit : « On est préoccupé de cette idée, imposée par la tradition, qu'il y a un grand péril social à livrer les dépositaires du pouvoir à la discrétion des citoyens, qui, sous prétexte d'être lésés par l'exercice d'une autorité tracassière et malencontreuse, ne chercheraient en réalité qu'à se soustraire à son étreinte légitime en se mettant en rébellion contre elle et en donnant un libre cours à des persécutions inspirées par de mauvais sentiments tels que la haine et l'esprit de parti. » (2)

1. Bernard, *op. cit.*, p. 60.

2. Bernard, *op. cit.*, 1876, p. 516.

De même Jèze : « Plus ou moins consciemment, on a voulu ménager ce que l'on appelait le pouvoir administratif dont la prépondérance en France est pour beaucoup un dogme intangible. On a subi l'influence de ce préjugé dominant chez les gouvernants, dans l'administration et même chez la plupart des jurisconsultes, que les agents judiciaires sont les ennemis nés des agents administratifs, qu'il y a toujours à craindre leurs tentatives de compromettre la chose publique par leur intervention malveillante ou tout au moins inconsiderée dans la marche normale de l'administration » (1).

En outre, les juges administratifs sont trop pénétrés de l'esprit de l'administration pour juger sagement les procès en responsabilité dirigés contre l'Etat ou les fonctionnaires ; par suite du mode de recrutement les fonctions juridictionnelles et administratives ne sont pas nettement tranchées. Ils sont amovibles et par suite portés à ne pas déplaire au gouvernement qui les nomme et les révoque. Si nous y joignons la constitution de l'assemblée générale du Conseil d'Etat jugeant au contentieux où les fonctions juridictionnelles et les fonctions administratives sont confondues, on comprendra pourquoi nous repoussons la juridiction administrative en l'es-

1. Jèze. *Principes généraux de droit administratif*, p. 139 et 148.

pèce. Et même, allant plus loin nous dirons que les inconvénients du système de la distinction entre la faute personnelle et la faute de service subsisteront tant que subsistera la dualité des juridictions appelées à rendre la justice qui, cependant est une. Il conviendrait de rendre ce pouvoir aux tribunaux judiciaires, sans craindre les empiétements que se sont permis les anciens Parlements.

Ainsi ces tribunaux apprécieraient librement les illégalités et les abus commis par les administrateurs, au lieu de les obliger à se réfugier dans des subtilités, pour essayer de baser cette doctrine de la faute personnelle qui n'a encore reçu, et ne recevra jamais, ni une consécration absolue ni une approbation unanime. (Massonié. *Revue générale du droit*, année 1902, 35.) Car ce n'est que par la compétence judiciaire, par l'applicabilité à l'Etat des articles du Code civil, par le cumul de la responsabilité de l'administration et de l'agent qu'on parviendra à faire d'une jurisprudence incohérente, une jurisprudence claire et précise, gardienne des droits des particuliers.

Vu : le Président de la thèse

JACQUELIN

Vu : le Doyen

LYON-CAËN

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- Aubry et Rau.* — Cours de droit civil, t. IV.
- Bernard.* — De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870. Revue critique de législation et de jurisprudence, 1876, p. 515, 590 ; 1877, p. 12, 441 ; 1878, p. 41, 91.
- Berthélemy.* — Traité élémentaire de droit administratif, 2^e et 5^e éd.
- Les poursuites contre les fonctionnaires pour actes accomplis à l'occasion de leurs fonctions. (Revue générale d'administration, 1898, t. I, p. 5.)
- Dareste (R.).* — La justice administrative en France, 2^e éd. Paris. 1889.
- Demolombe.* — Des contrats, t. XXXI.
- Duguit.* — L'Etat, t. II.
- Glasson.* — Observations sur le décret du gouvernement de la défense nationale du 19 septembre 1870. (Revue critique, 1874, p. 380.)
- Hauriou.* — Précis de droit administratif, 4^e éd.
- Jacquelin.* — Les principes dominants du contentieux administratif. Paris, 1899, p. 113.
- Jèze.* — Principes généraux de droit administratif.

Larnaude. — Cours de droit public, 1905-1906.

— Revue pénitentiaire, année 1906. p. 673.

Laferrière. — Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. 2^e éd., 1896. t. I et II.

Marcadé. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon, t. V.

Massonié. — Revue générale de droit, année 1902, 35.

Michoud. — De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents. (Revue de droit public et de la science politique, t. III, 1895, p. 401; t. IV, 1895, p. 1 et 251).

Perreau. — De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs. (Thèse Bordeaux, 1894.

Sourdat. — Traité général de la responsabilité, 5^e édition.

Répertoire de Dalloz.

Répertoire de Carpentier.

Répertoire Lebon.

Répertoire de Béquet.

Pandectes françaises.

Notes de jurisprudence de Naquet, Hauriou, etc.

Journaux et Revues

Le Droit et la Gazette des Tribunaux.

Journal de Droit administratif.

Revue générale d'Administration.

Revue de Droit public.

Revue pénitentiaire.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I. — Historique.	13
CHAPITRE II. — Systèmes des auteurs.	33
<i>Section I.</i> — Systèmes prétendant justifier la juris-	
prudence : MM. Laferrière, Hauriou, Duguit.	
<i>Section II.</i> — Systèmes opposés : MM. Michoud, Ber-	
thélemy, Perreau. Des civilistes	51
CHAPITRE III. —	63
<i>Section I.</i> — Jurisprudence du tribunal des conflits.	
I. — Réclamations fondées sur des actes prétendus	
de gouvernement.	66
II. — Imputations diffamatoires relevées contre des	
fonctionnaires.	70
III. — Réclamations fondées sur des faits de négli-	
gence ou d'imprudence.	77
IV. — Réclamations fondées sur des abus de pou-	
voir.	85
<i>Section II.</i> — Jurisprudence des tribunaux judiciai-	
res.	98
I. — Réclamations fondées sur des actes prétendus	
de gouvernement.	98

II. — Imputations diffamatoires relevées contre des fonctionnaires.	99
III. — Réclamations fondées sur des faits de négligence ou d'imprudence.	104
IV. — Réclamations fondées sur des abus de pouvoir.	107
CHAPITRE IV. — Critique de la jurisprudence et conclusions.	114
BIBLIOGRAPHIE.	132

